
HDI
HW 2AUY W


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET
VE
RI
TAS
CHRISTO
ECCLESIAE

Zeitschrift

für

Civilrecht und Prozeß.

Herausgegeben

von

Dr. J. T. B. von Linde,

Großherz. Hessisch. Geh. Staatsrathe a. D. und Fürstlich Liechtensteinischem Bundestagsgesandten.

Dr. J. Friedrich Schulte,

K. K. ordentl. Professor des Kirchenrechts und der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte, Consistorial- und Ehegerichtsrathe zu Prag.

Achtzehnter Band.

Gießen, 1861.

Ferber'sche Universitäts-Buchhandlung.

(Emil Roth.)

Brühl'sche Univ.-Buch- und Steindruckerei (Fr. Chr. Pietsch) in Gießen.

Inhalt.

Seite

Seite

I.

Die Stellvertretung beim Gebrauche des Eides als civilprocessualischen Beweismittels.

Von

Herrn Professor Dr **Renaud** in Heidelberg.

---

§. 1.

Einleitung.

Der Eid als civilprocessualisches Beweismittel ist eine affirmatio religiosa, mittelst der eine Partei eine ihr vortheilhafte Behauptung vor Gericht betheuert. Seinem Inhalte nach bezieht sich derselbe regelmäßig auf Thatsachen, welche die Partei auf Grund eigener Sinneswahrnehmung, ausnahmsweise jedoch auf die Grundlage anderweitig gewonnener Ueberzeugung versichert. In der einen und andern Gestaltung erscheint der Parteien-Eid als ein testimonium in propria causa. Das Verdächtige aber, welches an sich in einer Aussage liegt, die Jemand zu seinem Vortheile macht, wird nicht allein durch die Anrufung der göttlichen Strafgerechtigkeit für den Fall des Falsch-Schwörens, sondern insbesondere dadurch gehoben, daß ein Streittheil nur auf Antrag oder mit Einwilligung des Gegners zum Eide zu lassen, oder doch die ihm vortheilhafte That-

sache allein unter der Voraussetzung mit seinem Eide beweisen kann, daß er für dieselbe bereits eine semi-plena probatio geliefert, oder daß die Gegenpartei den ihr obliegenden Beweis des Gegentheils nur weniger denn zur Hälfte herzustellen im Stande gewesen.

Nur ausnahmsweise kann, ohne daß es auf das Vorhandensein der einen oder andern dieser Voraussetzungen ankäme, eine Partei eine ihr vortheilhafte Behauptung durch ihren eigenen Eid beweisen, indem sie durch denselben zwar nicht Thatsachen herzustellen, wohl aber ein Werthurtheil abzugeben befugt ist, und insoweit, sei es zur Strafe ihres Gegners (jusjurandum in litem und Zenonianum), sei es, weil es dem Richter wegen Untergangs des Streitobjects an einem Maßstabe für die litis aestimatio fehlt (s. g. subsidiärer Würderungseid), zur Ausübung einer richterlichen Function zugelassen wird.

Mag nun der Parteien-Eid ein Zeugniß oder ein Urtheil in eigener Sache enthalten, so ergiebt sich aus dessen Natur zunächst eine doppelte Consequenz, nämlich einmal die, daß derselbe von der eidespflichtigen Partei in Person zu leisten, und dann die andere, daß ein solcher Eid nur einer Partei deferirt, resp. nur von einer Partei anerboten werden kann.

Der Grundsatz der persönlichen Eidesleistung ergiebt sich vorerst aus der Natur des Eides als einer affirmatio religiosa, indem die besondere Schärfung des Gewissens, welche die Anrufung der göttlichen Strafgerechtigkeit zu bewirken pflegt, bei dem nicht persönlich Schwörenden der Natur der Sache nach leicht in geringerem Maße eintritt [1]; er folgt ferner bei dem ein testimonium in propria causa enthaltenden Eide aus dessen Wesen als gerichtlichen Zeugnisses, da ein solches nicht durch das Organ eines Andern abgelegt werden kann [2].

[1]) Linde im Arch. f. civ. Prax. Bd. X. S. 12. — Arnold, über Eidesleistung durch Stellvertreter, Erlangen 1843, S. 10.

[2]) Dieses Argument verwirft aus ganz unstichhaltigen Gründen Rivinus de jurejur. in alterius animam. Lips. 1725, §. XII.

Der Grundsatz dagegen, daß ein Parteien-Eid nur einer Partei deferirt, resp. nur von einer Partei angeboten werden kann, fällt in die Begriffe, während die eidliche Erklärung, durch welche ein Dritter sein Wissen, seinen Glauben oder sein Urtheil kundgiebt, in der That nur als Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen in Betracht kommen kann [3]).

Wie aber eine eidespflichtige Partei nicht befugt ist, den ihr obliegenden Eid durch das Organ eines Andern zu leisten, so kann auch selbstverständlich statt jener nicht ein Dritter in seine eigene Seele schwören.

Von dieser dreifachen Regel hat man nun verschiedene Ausnahmen aufgestellt.

Es soll einmal Fälle geben, in denen eine Partei den ihr obliegenden Eid durch das Organ eines Bevollmächtigten auszuschwören berechtigt ist; es soll ferner unter gewissen Voraussetzungen eine Eidesdelation an eine dritte Person (Auctor, Cedenten, Procurator, Tutor, Curator) statthaft sein; es soll endlich unter Umständen an die Stelle der eidespflichtigen Partei (so namentlich wenn dieselbe eine juristische Person ist) ein Dritter mit seinem eigenen Eide eintreten können.

Bei Darstellung dieser Ausnahmsverhältnisse hat es nun vielfach ältern und neuern Processualisten an ausreichend scharfer Sonderung gefehlt, indem man dieselben bald unter den Gesichtspunkt eines zuläßigen jusjurandum in alterius animam (so Rivinus), bald unter denjenigen statthafter Eidesleistung durch Stellvertreter (so Arnold) zusammenfaßte.

Und doch handelt es sich hier um dreierlei verschiedene und wohl zu unterscheidende Dinge.

Bei den Ausnahmsfällen der zuerst angedeuteten Art ist die Frage die, ob und unter welchen Voraussetzungen eine eidespflichtige Partei den ihr obliegenden Eid in der Art leisten kann, daß sie sich zum Zwecke der Ausschwörung desselben des Or-

---

[3]) S. auch Arnold a. a. O. S. 9.

ganz einer andern Person bedient, welche in *animam principalis, domini, constituentis* die Eidesformel ausspricht; mit andern Worten, ob und wann man sich bei Eidesleistungen solcher Beauftragter bedienen kann, deren Stellung Schilter Praxis jur. rom. Exercit. XXIII. §. 38. treffend in den Worten bezeichnet: „Sola mandantium relatione instructi relata tantum referunt, veluti nuncii magis quam veri procuratores, . . . et obligant animam mandantium ad poenam et vindictam divinam."

Bei den Ausnahmsfällen der zweiten Art handelt es sich darum, ob und inwieferne beim Eidesgebrauche eine dritte Person an die Stelle einer Partei treten kann, so daß sie insoweit als Partei und nicht blos als das Organ einer solchen fungirt; ob und inwieferne also ein Streittheil einen Eid statt an seinen Gegner an einen Dritten, als ob er sein Gegner wäre, zuschieben, der Richter einen nothwendigen Eid an einen solchen als ob er Probant oder Probat wäre, deferiren kann. Es ist hier also nicht die Rede von einer Eidesleistung in die Seele einer Partei durch einen Dritten, auch nicht allein von einer Stellvertretung bei der Eidesleistung, sondern von einem Eintreten in die Rolle einer Partei hinsichtlich des Eidesgebrauchs überhaupt. —

Im dritten Falle endlich handelt es sich lediglich wieder, wie in den zuerst angedeuteten Ausnahmsfällen um die Eidesleistung, jedoch nicht darum, ob die eidespflichtige Partei mittelst eines fremden Organs schwören, sondern vielmehr um die Frage, ob und inwieferne der einer Partei obliegende Eid durch den Eid einer dritten Person ersetzt werden kann.

Wir haben schon früher angedeutet, daß hier namentlich der einer juristischen Person deferirte Eid in Betracht komme; schon aus Rücksicht auf den Raum werden wir jedoch im Folgenden von diesem oft erörterten Verhältnisse absehen. Hiernach sollen sich die nachfolgenden Erörterungen auf einen doppelten Gegenstand beschränken, nämlich einmal die Leistung eines Parteien-

Eides mittelst eines fremden Organs, und dann die Vertretung einer Partei hinsichtlich des Eidesgebrauchs durch eine insoweit in deren Stelle tretende dritte Person.

I. Die Eidesleistung mittelst eines fremden Organs.

§. 2.

Die Fälle, in denen eine solche Eidesleistung zulässig.

Dem römischen Rechte war eine gerichtliche Eidesleistung durch das Organ eines Andern als des Schwurpflichtigen, selbst bei dem nicht hierher gehörigen juramentum calumniae, unbekannt [4]). Auch erwähnen die Quellen jenes Rechts keineswegs eines mit Einwilligung des Gegners durch eine Partei mittelst eines Bevollmächtigten zu schwörenden Eides, da die Stellen, auf welche man sich für die entgegengesetzte Meinung beruft [5]), in der That auf ein ganz anderes später zu erörterndes Verhältniß sich beziehen [6]).

Dagegen kam nach dem Rechte des germanischen Mittelalters ein juramentum „in animam alterius“ vor, welches, abgesehen von den durch das canonische Recht gestatteten Fällen, nämlich

---

[4]) const. 12. §. 4. C. de reb. cred. (4. 1); Nov. 124. c. 1. — Setser, tractat. de juramentis, lib. III. cap. 3. no. 25. — Die l. 13. §. 13. D. de damno infecto (39. 2) spricht unzweifelhaft von einem in die eigene Seele zu schwörenden Calumnieneide. Böhmer, J P. E. lib. II. tit. VII. §. 5. —

[5]) l. 9. §. 6 u. l. 42. §. 2. D. de jurej. (12. 2). — Rivinus, de jurejur. in alterius animam §§. 19. 20; Bayer, Vort. S. 327; Schmid, Handb. I. S. 246.

[6]) Pufendorf, obs. II. obs. 123. §. 1; — Malblanc, doctr. de jurej. §. 94.

beim juramentum calumniae und de veritate dicenda [7]), namentlich bei außergerichtlichen für Könige geleisteten Eiden, jedoch auch bei gerichtlichen Eiden und zwar solchen anderer Personen erwähnt wird [8]). Ebenso kennen aber die deutschen Reichsgesetze einen Eid, welcher in die Seele einer Partei durch deren Anwalt zu schwören [9]), indem sie eine derartige Eidesleistung beim Gefährdeeide [10]) und dem juramentum expensarum als einer Art derselben [11]) und dann bei einem durch fürstliche Personen gegen den Verdacht des Landfriedens-Bruchs abzulegenden Reinigungseide [12]) gestatten, nirgends dagegen deren Zulässigkeit beim Eide als civilprocessualischem Beweismittel erwähnen.

Offenbar giengen hiernach die Reichsgesetze, wie das ältere germanisch-canonische Recht von der Auffassung aus, daß die Eidesleistung mittelst eines fremden Organs zwar nicht mit dem Wesen des Eides unverträglich, wohl aber etwas Anomales sei, indem aus dessen Natur die Regel des persönlichen Schwörens folge, wie denn Schilter, Prax. jur. Romani, Exercitat. XXIII. §. 38 von der Eidesleistung durch einen Anwalt richtig bemerkte: „„id quod . . ., essentiam quidem juramenti non destruere videtur, naturae tamen ejus consentaneum haud est.“

---

7) cap. 3 in 6to de juram. calumn. (2. 4); cap. 2 in 6to de testib. et atestlat. (2. 10).

8) Ducange, glossar. s. v. jurare in animam alterius, und die daselbst abgedruckte procuratio Guillelmi Boissacii pro Guill. de Gosolis an. 1340: „dans speciale mandatum ... litem contestandi, „jurandi in animam ipsius tam de calumpnia, quam de veritate dicenda, „et subeundi cujuslibet alterius generis juramentum.“

9) R. N. O. v. J. 1512. Tit. IV. §. 1. —

10) I. R. A. §§. 43 u. 117.

11) K. G. O. v. 1555. Th. 1. Tit. 66.

12) R. A. v. 1521. Tit. 7. §. 10; K. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 10. §. 5. —

Schon früh wurde jedoch durch die Doctrin und theilweise auch die Praxis die Zulässigkeit einer Eidesleistung durch das Organ eines Bevollmächtigten in erweitertem Umfange angenommen, anfänglich nach Analogie des juramentum calumniae bei solchen Eiden, welche man mit diesem zu den s. g. juramenta legalia zählte, wie z. B. beim juramentum suppletorium [13]) und in litem [14]); dann aber bei civilprocessualischen Beweiseiden überhaupt. So bezeichnete schon Setser tractat. de juram. lib. I. cap. 14, no. 10 diese Meinung als eine „communi omnium sententia tanquam in jure certissimam" angenommene, während Maranta specul. aureum P. VI. de juramento no. 56 deren Richtigkeit nicht bezweifelte. So erklärte Mevius decis P. VII. dec. 382, not. 1: „Judiciorum usu juramenta per procuratorem sunt recepta"; so bezeugte ferner Lauterbach colleg. theor. practic. lib. XII, tit. II. §. 6: „Verum notorium satis est, hodie non tantum in camera Imperiali, sed etiam in plurimis judiciis regulariter permissum esse, ut quis juramentum praestare possit per procuratorem speciale mandatum habentem", während Wernher select. observ. forens. P. IV. obs. 151, no. 20 sich schlechtweg dahin äußerte: „Praestant vero singuli juramentum injunctum de jure Communi et Imperii per procuratorem" [15]).

Daß nun diese auch in Particularrechte [16]) übergegangene Meinung in den Gesetzen nicht begründet, bedarf nach den vorausgeschickten Bemerkungen keines Nachweises; ebenso können wir uns der Ausführung entheben, daß der Calumnieneid keine Analogie für die Beweiseide darbietet. Wenn man sich aber für

---

[13]) Ummius, disput. ad proc. judic. directae, disp. 14. thes. XIII.

[14]) Gail, de pignorationib. obs. 18.

[15]) S. ferner Danz ordentl. Proc. §. 369. not. i.

[16]) Bayer. Ger.-Ordn. Kap. XIII. §. 1; jedoch aufgehoben durch Bayer. Gesetz vom 11. Januar 1806.

jene Ansicht darauf beruft, daß heutzutage anders wie bei den Römern eine Stellvertretung unbeschränkt zulässig sei und daher auch bei der Eidesleistung statthaben müsse [17], so übersieht man einerseits, daß schon das römische Recht, wie die Ausschließung einer Vertretung beim juramentum calumniae beweist, das Schwören durch Bevollmächtigte nicht allein wegen seines Grundsatzes von der Unzulässigkeit einer Repräsentation bei obligatorischen Handlungen nicht gestattete, andrerseits daß bei Leistung eines Beweiseides von einer obligatorischen Handlung nicht die Rede. Ein gemeiner Gerichtsgebrauch aber läßt sich für die hier verworfene Ansicht um soweniger nachweisen, als dieselbe schon unter den ältern Processualisten und Praktikern keineswegs unbestritten war [18].

So nimmt denn heutzutage eine ganz entschiedene gemeine Meinung an, daß Beweiseide persönlich auszuschwören [19], womit denn die neuern Particulargesetzgebungen der Mehrzahl nach übereinstimmen [20]. Es gilt aber jener Grundsatz nicht allein rücksichtlich solcher Eide, welche die Hauptsache betreffen, sondern auch bezüglich derjenigen, die, wie z. B. der Editions- und der Diffessionseid, auf bloße Incidentpuncte sich beziehen, indem die entgegengesetzte Meinung einzelner Processualisten [21] in der That weder die Gesetze, noch auch die Natur der Sache oder einen gemeinen Gerichtsgebrauch [22] für sich hat.

---

17) Setser l. c.

18) Berlich, decis. aureae, dec. 117; Brunnemann, comment. ad Pandect. lib. XII. tit. 2 ad leg. 34. no. 6 sqq. — J. H. Böhmer, consultat. et decis. juris, tom. III. P. II. dec. XXXV. no. 4.

19) Malblanc, doctr. de jurejur. §. 95; Glück, Erl. XII. S. 348 sq.; Arnold a. a. O. S. 81.

20) Allg. Preuß. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 10. §. 314; Bad. Proc.-Ordn. §. 564; Hannöv. Proc.-Ordn. §. 283; Oldenburg. Proc.-Ordn. Art. 175. — Coburg. Gesetz v. 1. Decemb. 1858. Art. 83.

21) Malblanc, doctr. de juris §. 95.; Claproth, ord. Proc. Th. II. §. 332.

22) Wenn Strippelmann Gerichtseid III. S 279 eine entgegengesetzte Kammergerichts-Praxis hinsichtlich des Diffessionseides behauptet, so steht

Wenn nun zweifellos an dem Grundsatze der persönlichen Eidesleistung bei Beweiseiden überhaupt festzuhalten, so unterliegt es andererseits keinem Zweifel, daß ein solcher Eid, von einzelnen abweichenden Particularrechten abzusehen [23]), mit Genehmigung der Gegenpartei des eidespflichtigen Streittheils durch ein fremdes Organ ausgeschworen werden kann [24]). Denn vermag eine Partei ihrem Gegner den Eid zu erlassen, so muß sie auch in eine Form der Eidesleistung einwilligen können, welche, wie dies nach deutschem Rechte beim juramentum in animam alterius der Fall, mit dem Wesen des Gerichtseides nicht unverträglich ist.

Eine andere Frage ist aber die, ob es nicht Fälle giebt, in denen, ganz abgesehen von der Einwilligung des Proceßgegners, die eidespflichtige Partei den ihr obliegenden Eid durch das Organ eines Bevollmächtigten auszuschwören befugt ist.

Dies ist nun zweifellos vorerst zu Gunsten des Landesfürsten anzunehmen. Denn kann, wie keines Nachweises be-

---

hiervon bei dem von ihm angeführten Gewährsmanne (Rulan de commissariis P. II. lib. V. cap. 39. no. 19) nichts, indem sich letzterer vielmehr nur dahin äußert, daß die Procuratoren, denen Hand und Siegel der producirten Urkunde unbekannt, um Frist zu bitten pflegen, um sich mit ihrer Partei zu berathen, daß aber der dominus „aut recognoscere aut ipse juramento diffiteri cogetur“, womit denn auch Carpzow defin. P. I. const. 17. def. 19 übereinstimmt.

[23]) Namentlich dem sächsischen Rechte. — Carpzow defin. P. I. const. 12. def. 39; Stryk (Gerbet) de cautel. juram. P. II. sect. I. cap. 4. no. 323 sqq.; Heimbach, sächs. Proc. §. 88. — Ferner d. Oldenburg. Proc.-Ordn. A. 175, indem der Bevollmächtigte, welcher mit Einwilligung des Gegners statt der eidespflichtigen Partei schwört, nur über sein Wissen, nicht über dasjenige seines Vollmachtgebers schwören darf.

[24]) Carpzow, def. P. I. const. 12. def. 39; Stryk (Gerbet) de cautel. juram. P. II. sect. 1. cap. 4. no. 330 sqq.; Leyser, med. ad pand. spec. 143 m. 1; Malblanc, doctr. §. 95; Glück, Erl. XII. S. 349; Eichhorn, Kirchenrecht, II. S. 546 flg.

darf, dem Landesherrn, welcher vor seinen Landesgerichten Recht nimmt, und der dadurch in die Lage kömmt, einen Eid leisten zu müssen, nicht zugemuthet werden, sich persönlich vor seinen Gerichten zu stellen, oder durch eine Gerichtsdeputation in seiner Wohnung beeidigen zu lassen, so muß es demselben freistehen, den ihm obliegenden Eid durch einen Bevollmächtigten auszuschwören [25]), wenn er es nicht vorzieht, an Eides-Statt seine Versicherung auf Fürstenwort schriftlich dem Gericht übergeben zu lassen [26]).

Das Nämliche ist aber auch zu Gunsten auswärtiger deutscher Fürsten anzunehmen, da ein solcher Souverän als eine persona egregia offenbar nicht angehalten werden kann, vor den Schranken des Proceßgerichts zu schwören, während dessen Beeidigung mittelst Requisition eines der Landesgerichte desselben ebenso unthunlich ist [27]).

Dieses aus der Natur der Sache sich ergebende Recht der regierenden deutschen Fürsten durch Bevollmächtigte zu schwören, wenn sie es nicht vorziehen, der Eidesleistung eine schriftliche Versicherung auf Fürstenwort zu substituiren, wird denn auch indirect durch die einheimischen Rechtsquellen bestätigt. Schon die mittelalterlichen Rechtsbücher gestatteten einem Fürsten, welcher Gewere bei der Ansprache eines Guts als Lehen sein sollte, an die Stelle persönlicher Versicherung vor Gericht einen diesem zu übersendenden offenen besiegelten Brief zu setzen [28]). Der R. A. von 1555 §. 58 erlaubte den Churfürsten und Fürsten statt leiblichen Eides „bei Versprechung und Zusage ihrer fürstlichen Würde" Pflicht zu thun, während endlich der R. A. von 1521 Tit. 7, §. 10 und die K. G. O. von 1555 Th. II, Tit. 10, §. 5 (und ebenso das Concept der K. G. O. von 1613, Th. II,

---

25) Strippelmann, Gerichtseid, II. S. 220 flg.

26) Seuffert, Arch. Bd. VIII. no. 327.

27) V. d. Urth. bei Strippelmann, Gerichtseid, II. S. 223. not. 50.

28) Sachsensp. II. 42. §. 3; Schwabensp. (Laßberg) §. 207. 6.

Tit. 11, §. 8) denselben gestatteten, den ihnen wegen Verdachts des Landfriedensbruchs obliegenden Reinigungseid durch Specialbevollmächtigte auszuschwören. Ist nun freilich in diesen Quellen von dem Eide als civilprocessualischem Beweismittel nicht die Rede und daher die darauf gestützte Behauptung unrichtig [29]), daß es bei den Reichsgerichten ein Privilegium des Fürstenstands gewesen sei, jeden Eid durch einen Bevollmächtigten ablegen zu lassen, so giebt sich doch darin der Gedanke kund, daß Fürsten zu persönlicher Eidesleistung nicht anzuhalten, wie dies denn auch das Reichskammergericht bei Zeugen-Eiden solcher Personen annahm [30]). Indem die Reichsgesetze aber nur auf regierende Fürsten reflektiren, bestätigen dieselben nicht allein die oben zu Gunsten der deutschen Souveräne aus der Natur der Sache begründete Ausnahme von dem Grundsatze der persönlichen Eidesleistung, sondern vermögen sie auch die Meinung nicht zu stützen, daß ein solches Privilegium fürstlichen Personen überhaupt zukomme [31]).

Ebensowenig sind aber die andern Ausnahmen, welche man von dem Grundsatze der persönlichen Eidesleistung aufgestellt hat, begründet.

Insbesondere läßt sich die von ältern und neuern Processualisten für den Fall nothwendiger Abwesenheit oder weiter Entfernung der schwurpflichtigen Partei behauptete Zuläßigkeit einer Eidesleistung durch das Organ eines Bevollmächtigten [32]) in dieser Allgemeinheit nicht einmal durch Billigkeitsgründe rechtfertigen, da dem Aufwande an Zeit und Kosten, welchen das persönliche Erscheinen des Eidespflichtigen vor dem Proceßgerichte

---

[29]) Nämlich Eichhorn's Kirchenr. II. S. 547. —

[30]) Rulant, de commissariis P. II. lib. II. cap. 11. no. 41 sqq.

[31]) Glück, Erl. XII. S. 351; Arnold a. a. O. S. 72 flg.; Strippelmann, Gerichtseid II. S. 224 flg.

[32]) Berlich, conclus. practic. P. I. const. 35. no. 27; Rivinus l. c. §. VIII; Glück, Erl. XII. S. 349; Seuffert, Arch. Bd. IX. no. 347. —

zur Folge haben würde, durch die Eidesabnahme an dessen Aufenthaltsorte mittelst Requisition des dortigen Gerichts regelmäßig vorgebeugt werden kann [33]).

Mehr Anschein hat dagegen die Ansicht derjenigen für sich, welche die Zulässigkeit einer Eidesleistung in die Seele des Abwesenden auf den Fall beschränken wollen, daß die persönliche Beeidigung desselben an dessen Aufenthaltsorte entweder gar nicht möglich, wie z. B. in einem Lande, in welchem sich keine christliche Obrigkeit befindet, oder doch mit besondern Schwierigkeiten verbunden ist [34]). Indessen kann wegen des Vorhandenseins solcher Verhältnisse dem Gegner des Abwesenden um so weniger zugemuthet werden, daß er sich mit einem Eide begnüge, welcher nach der Form seiner Ausschwörung weniger Garantien seiner Glaubwürdigkeit darbietet [35]), als hier in der Regel nicht bemessen werden kann, in welchem Grade das Bewußtsein der Bedeutung des Eides (judicium in jurante) der schwurpflichtigen Partei innewohnt.

Ja es kann selbst für einen solchen Abwesenden, über dessen Aufenthalt, Leben oder Tod nichts bekannt, nicht, wie Manche meinen [36]), eine Eidesleistung in dessen Seele Statt finden. Denn hat jener einen Bevollmächtigten hinterlassen, der mit der Eidesleistung an seiner Stelle beauftragt, so ist ein solcher Auftrag ungültig, da es weder dem Abwesenden überhaupt gestattet ist, durch ein fremdes Organ zu schwören, noch auch der Natur der Sache nach dem sich Entfernenden erlaubt, für den Fall, daß er zur Leistung eines ihm obliegenden Eides nicht rechtzeitig zurückgekehrt sein sollte durch Ausstellung eines bezüglichen Auf-

---

[33]) const. 12. §. 4. C. de reb. cred. (4. 1). — Berlich, decis. aureae, dec. 117. no. 7 sqq.; Eichhorn, Kirchenr. II. S. 547. not. 22.

[34]) Malblanc, doctr. §. 95; Arnold a. a. O. S. 54 flg.

[35]) Mevius, decis. P. VII. dec. 382. not. 9.

[36]) S. die bei Berlich decis. aureae, dec. 117. no. 3 sqq. angeführten. — Rivinus l. c. §. XXXI sqq.; Arnold a. a. O. S. 55.

trages Fürsorge zu treffen. — Hat aber der Abwesende einen solchen speciellen Auftrag nicht hinterlassen, so kann, worauf noch später zurückzukommen, von einer Eidesleistung in dessen Seele nicht die Rede sein, aus welchem Grunde denn auch der etwa bestellte curator absentis so wenig wie der in den Besitz der Güter des Verschollenen eingewiesene muthmaßliche Erbe als Organ desselben zu schwören vermag [37]).

Von dem Grundsatze der persönlichen Eidesleistung ist aber auch zu Gunsten der Partei, welche an einer langwierigen Krankheit leidet, keine Ausnahme begründet. Eine solche Ausnahme ist hier weder überhaupt gerechtfertigt [38]), da der Kranke in seiner Wohnung beeidigt werden kann, noch selbst unter der Voraussetzung einer gegründeten Besorgniß, es möchte die persönliche Eidesleistung Leben oder psychische Existenz der schwurpflichtigen Partei in Gefahr bringen [39]), weil ein derartiges Verhältniß offenbar sowenig wie die Unmöglichkeit der persönlichen Beeidigung eines Abwesenden für die Gegenpartei einen Grund abzugeben vermag, sich eine Form der Eidesleistung gefallen zu lassen, welche eine geringere Garantie für die Glaubwürdigkeit der eidlichen Aussage darbietet.

Völlig unhaltbar ist aber endlich die durch den Gebrauch einzelner Gerichte festgehaltene Ansicht älterer Processualisten, daß wenn mehreren Litisconsorten eine Eidesleistung obliege, Einer von ihnen nur zu schwören brauche, wenn er in seine und seiner Streitgenossen Seele, letzteres auf Grund einer Special-Vollmacht, schwöre [40]). Denn, abgesehen davon, daß diese Einrichtung den Zweck, um

---

[37]) Dageg. Rivinus l. c. §. XXXI sqq.

[38]) Dageg. Glück, Erl. XII. S. 349.

[39]) Dageg. Arnold a. a. O. S. 56.

[40]) Mevius, decis. P. I. dec. 237; Schilter, Prax. jur. rom. Exercit. XXIII. §. 38; Stryk, de cautel. jurament. P. II. sect. 1. cap. 4. no. 361 sqq. — Seuffert, Arch Bd. IX. no. 107.

dessentwillen sie vertheidigt worden, nämlich einer Vervielfältigung von Eiden vorzubeugen, nicht erreicht, weil der eine Litisconsorte mehrere Eide schwören muß, einen in sein eigenes Gewissen und dann so viele in fremde Seelen, als er Mitstreiter hat, entbehrt sie jeder gesetzlichen Grundlage, da cap. 2 in 6to de testibus, worauf man sich dafür beruft, von einem juramentum calumniae handelt.

Wie bei der Durchführung verschiedener Klagen in mehreren Separat-Processen jede der schwurpflichtigen Parteien den ihr obliegenden Eid persönlich leisten muß, so liegt in der Verhandlung jener in der Form Eines Rechtsstreits kein Grund von diesem Principe abzugehen [41]); und dies selbst in dem Falle nicht, daß unter den Streitgenossen Eidesunfähige wären. Gegen die Meinung, daß unter einer solchen Voraussetzung der eidesfähige Litisconsorte „ut procurator et quasi in animam reliquorum" für jene zur Eidesleistung zuzulassen [42]), spricht außerdem der weitere Grund, daß derjenige, welcher in eigener Person zu schwören außer Stande, dies auch nicht mittelst eines fremden Organs thun kann. Die Beantwortung der Frage aber, ob und inwieferne die Eidesleistung eines correus den übrigen Correalverbundenen zu Statten kömmt [43]), hängt weder mit der Eidesleistung durch Bevollmächtigte, noch auch mit der Streitgenossenschaft oder überhaupt mit processualischen Verhältnissen zusammen.

§. 3.

Die Bedingungen und Formen der Eidesleistung durch einen Bevollmächtigten.

Wenn nach gemeinem Rechte die Ausschwörung eines Beweiseides durch ein fremdes Organ allein mit Genehmigung des

---

[41]) Pufendorf, observ. tom. II. obs. 123. — Bad. Proc.-Ordn. §. 571; Hannöv. Proc. Ordn §. 284.

[42]) Rivinus l. c. §. LI. — Coburg. Gesetz v. 1. Decemb. 1858. Art. 83.

[43]) l. 28. §. 3. D. de jurej. (12. 2); Code civ. Art. 1365.

Gegners des Eidespflichtigen, und abgesehen hiervon nur regierenden deutschen Fürsten gestattet, so bedürfen im Folgenden die Bedingungen und Formen einer derartigen Eidesleistung einer nähern Betrachtung.

Das Wesen derselben besteht, wie schon früher angedeutet worden, darin, daß die eidespflichtige Partei den ihr obliegenden Eid schwört, und nicht ein Anderer statt derer sein Gewissen belastet, daß jene aber die Eidesformel nicht in Person vor Gericht ausspricht, indem sie sich vielmehr zu diesem Zwecke eines Andern als Organs bedient.

Hieraus ergiebt sich zunächst von selbst, daß die von diesem Organe auszusprechende Eidesformel auf die Person der schwurpflichtigen Partei zu stellen ist. — Dies gilt einmal vom Eingange der Eidesformel, mag dieser, wie schon *Seraphini de Seraphinis* de privilegiis juramentor., priv. CXI. no. 8 bemerkte, dahin gefaßt sein „Jurat dominus meus per me“ oder „juro in animam domini mei“ oder „Ich schwöre aus Auftrag und in die Seele des N. N.“ [44]) oder: „Im Namen des N. N. schwöre ich“ [45]); — andrerseits aber von der Schlußformel des Eides [46]).

Wenn man aber behauptet, daß das juramentum in animam alterius zwei Eide enthalte, resp. enthalten müsse, nämlich einmal den Eid, welchen der Bevollmächtigte als Organ seiner Partei leiste und dann einen von diesem in dessen eigene Seele dahin zu schwörenden Eid, daß er an die Wahrhaftigkeit des für seinen Auftraggeber Beschwornen glaube [47]), so erscheint diese in Particularrechte übergegangene Ansicht [48]) für das gemeine

[44]) Arnold a. a. O. S. 87. not. 5.

[45]) Strippelmann, Gerichtseid, II. S. 222. not. 48.

[46]) Schneider, vom Beweise. §. 491; Schmid, Handb. II. S. 379.

[47]) Schilter, Exercit. XXIII. §. 34 i. f. et §. 36. — Arnold a. a. O. S. 87.

[48]) Die Bayer. Ger.-Ordn. Kap. XIII. §. 1 bestimmt, daß beim juramentum in animam alterius der Anwalt allezeit in seine eigene Seele

Recht als ungegründet, indem sie sich weder aus der Natur des Eides noch auch aus den dafür angezogenen Quellen-Bestimmungen rechtfertigen läßt.

Sie läßt sich nicht aus der Natur des Eides ableiten, da die Prämisse, auf welche man sich hierfür beruft, es könne der Bevollmächtigte ohne Verletzung der Heiligkeit des Eides nicht schwören, wenn er nicht an die Wahrhaftigkeit des für seinen Auftraggeber geleisteten Eides glaube, unrichtig, aus derselben übrigens die Folgerung, es müsse der Beauftragte einen Glaubenseid der bezeichneten Art leisten, sich nicht ergiebt. Allerdings möchte sich aus der Heiligkeit des Eides die Behauptung rechtfertigen lassen, daß ein solcher nicht mittelst eines fremden Organs ausgeschworen werden könne; ist aber diese Art der Eidesleistung durch das positive Recht anerkannt, so wird die Heiligkeit des Eides durch den Glauben oder Nicht-Glauben des Organs, dessen sich die schwurpflichtige Partei zur Ausschwörung bedient, an die Wahrhaftigkeit des Beschworenen nicht berührt. Sollte man aber auch das Gegentheil annehmen, so würde aus dem Erfordernisse des Glaubens an die Wahrhaftigkeit des Auftraggebers von Seiten des Bevollmächtigten, noch nicht die rechtliche Nothwendigkeit folgen, daß letzterer diesen seinen Glauben eidlich versichere.

Ebensowenig läßt sich aber eine solche Nothwendigkeit aus unsern Quellen entnehmen. Zwar bestimmte die K. G. O. von 1555. Th. I. Tit. 65 und Tit. 74 [49]), daß die Procuratoren beim Reichskammergerichte das juramentum calumniae generale und malitiae in ihrer Parteien und ihre eigene Seele schwören sollten; allein hier handelte es sich offenbar nicht blos um einen durch den Anwalt auszuschwörenden Eid der Partei und einen lediglich zum Zwecke dieser Vertretung von Seiten des Bevoll-

---

mitschwören muß, „daß er gänzlich glaube und auch dafür halte, daß auch sein Principal den Eid mit gutem Gewissen ablegen könne.

[49]) S. auch cap. 3. X. de jur. calumn. (2. 7).

mächtigten zu leistenden Eid, sondern von vornherein um zwei Eide, durch welche einer Gefährde von Seiten des Principals sowohl wie des Procurators vorgebeugt werden sollte. Wenn aber ferner die K. G. O. Th. I. Tit. 66 hinsichtlich des juramentum expensarum bestimmte, daß die Procuratoren hier nicht allein in ihrer Parteien Seele, daß diese so und so viel an Gerichtskosten ausgegeben, sondern auch in ihre eigene Seele schwören sollten, so war dieser letztere Eid nicht auf den Glauben des Anwaltes an die Wahrhaftigkeit des von ihm für seinen Principal Beschworenen gerichtet, sondern vielmehr darauf, daß er von seiner Partei so zu schwören „Gewalt empfangen und unterrichtet" worden sei, daher denn derselbe durch eine Special-Vollmacht ersetzt wurde.

Ist sonach weder in der Natur des Eides, noch in einer positiven Rechtsvorschrift das Erforderniß eines durch das Organ, welches in die Seele einer Partei schwört, zugleich in das eigene Gewissen zu schwörenden Glaubenseides begründet, so ist dieser letztere Eid auch abgesehen hiervon um deßwillen verwerflich, weil auf den Glauben des Bevollmächtigten an die Wahrhaftigkeit des von ihm in fremdem Namen zu leistenden Eides für die Entscheidung der Sache in der That nichts ankömmt, die schwurpflichtige Partei auch, falls der von ihr Beauftragte jenen Glauben nicht haben sollte, ein anderes Organ zum Zwecke der Eidesleistung sich aussuchen könnte, und demgemäß jener Glaubenseid des Bevollmächtigten als überflüssig und daher als unstatthaft erscheint [50]).

Die Auffindung eines zur Eidesleistung in animam constituentis gewillten Beauftragten ist aber um so leichter, als nicht allein der Procurator, welcher bisher für die schwurpflichtige Partei den Proceß geführt, sondern auch ein Anderer mit der Ausschwörung des dieser obliegenden Eides betraut werden kann. Zwar

---

[50]) Rivinus l. c. §. XIV.

ist die entgegengesetzte Ansicht nicht ohne Vertheidiger geblieben [51]), welche hierbei von der ungegründeten Meinung ausgiengen, als ob derjenige, welcher in das Gewissen eines andern schwören solle, im Stande sein müsse an die Wahrhaftigkeit dieses Eides zu glauben, was regelmäßig nur bei dem mit der Führung des betreffenden Rechtsstreits Beauftragten möglich sei.

Hält man jedoch fest, daß derjenige, der in das Gewissen einer Partei schwört, nicht selbst einen Eid leistet, sondern lediglich als Werkzeug des Schwurpflichtigen fungirt, so wird man im Allgemeinen Jeden, der zur Procuratur befähigt, auch für fähig erachten müssen, ein juramentum in animam alterius zu leisten; — jedoch mit der Beschränkung, daß ein christlicher Eid nur durch einen christlichen Beauftragten, ein Judeneid nur durch das Organ eines Juden ausgeschworen werden kann [52]), wie letzteres auch das Concept der K. G. O. v. 1613 Th. I. Tit. 98 im Eing. anerkannt, da die Benutzung einer Eidesformel, welche die Religion des dieselbe auch nur in fremdem Namen Aussprechenden verwirft, an sich etwas das religiöse und sittliche Gefühl Verletzendes hat. — Dagegen erscheint die Bestimmung der Reichsgesetze, wonach der Bevollmächtigte, der in die Seele eines Fürsten den früher besprochenen Reinigungseid gegen den Verdacht des Landfriedensbruchs schwören sollte, dem Adel angehören mußte, als eine singuläre für das Reichskammer-Gericht gegebene Vorschrift, welche heutzutage ohne praktische Bedeutung ist.

Daß aber eine Special-Vollmacht erforderlich, um in die Seele eines Andern schwören zu können, wie dies auch der J. R. A. §. 43 hinsichtlich des Gefährdeeides verlangt, war von jeher ein unbestrittener Satz [53]), welcher in der Natur der

---

[51]) Mevius, decis. P. VII. dec. 383. —

[52]) Rivinus, l. c. §. XV i. f.

[53]) Setser, de juram. lib. I. cap. 14. no. 10; Mevius, decis. P. VII. dec. 382; Stryk, de cautel. juramentor. P. II. cap. 4. no. 338 sqq.; Rivinus, l. c. §. XIII.

Sache begründet. Denn soll Jemand durch die von ihm auszusprechende Eidesformel das Gewissen eines Andern belasten, so muß nicht allein feststehen, daß dieser durch das Organ jenes schwören, sondern auch welches eidliche Zeugniß oder Urtheil er in dieser Weise abgeben will, was Alles eine Special-Vollmacht mit Nothwendigkeit voraussetzt. Daher denn eine Vollmacht ungenügend, welche Jemand überhaupt zur Eidesleistung in die Seele des Vollmachtgebers, wie z. B. zur Ausschwörung aller Eide, welche diesem in einem gegebenen Rechtsstreite deferirt werden möchten, ohne Bezeichnung des speciellen Eides und dessen Inhalts, ermächtigt [54]); daher denn ferner der Anwalt durch die der Proceß-Vollmacht beigefügte Clausel „cum libera" zur Leistung eines Eides in die Seele seines Principals nicht legitimirt ist, wiewohl dies unter den älteren Processualisten sehr bestritten war [55]). Aus ähnlichen Gründen ist endlich derjenige zu einem juramentum in animam alterius nicht zuzulassen, welcher den Auftrag erhalten, Namens seines Auftraggebers einen Eid zu schwören, dessen Inhalt er in ein von letzterem unterschriebenes Blanquet setzen soll [56]).

Aus dem Gesagten ergiebt sich bereits, daß die Vollmacht den Inhalt des durch den Bevollmächtigten auszuschwörenden Eides genau bezeichnen muß [57]), wie dies schon der J. R. A. §. 43 hinsichtlich des juramentum calumniae ausdrücklich besagt. Auch muß jene das Bewußtsein des Vollmachtgebers ausdrücken, daß der in seine Seele abzuleistende Eid die nämliche Kraft und Wirkung habe, als wenn er ihn selbst ausschwören

[54]) Rivinus, l. c. §. XIII.

[55]) V. hierüber: Seraph. de Seraphinis de privileg. juramentorum, privil. CXI. no. 4 sqq.

[56]) Mevius, decis. P. VII. dec. 382; Stryk, de cautel. jurament. P. II. sect. 1. cap. 4. no. 339 sqq. —

[57]) Stryk, l. c. no. 338.

würde [58]), wogegen die ganze Eidesformel in der Vollmacht nicht enthalten zu sein brauche [59]).

Wenn man aber behauptet, daß bei der Eidesleistung mittelst eines fremden Organes die Eidesverwarnung wegfalle [60]), und hieraus folgert, daß, wo eine solche Statt habe, jene Art des Schwörens unzulässig sei [61]), so ist diese Ansicht sammt der daraus gezogenen Folgerung unbegründet.

Sicher ist, daß die admonitio de vitando perjurio nicht an den Bevollmächtigten zu richten, und zwar weder zu Handen dieses selbst, der ja in eine fremde Seele schwören soll, noch zu Handen der schwurpflichtigen Partei, was eine nutzlose Förmlichkeit wäre. Dafür aber, daß die Eidesverwarnung an die Partei selbst, wo eine solche als angemessen erscheint oder durch die particuläre Gesetzgebung vorgeschrieben, wegfallen sollte, läßt sich in der That weder in den Quellen noch in der Natur der Sache ein Grund finden. Wenn freilich ein regierender Fürst einen Eid durch einen Specialbevollmächtigten schwören soll, so ist hier an und für sich von einer vorzunehmenden Eidesverwarnung nicht die Rede. Will dagegen eine sonstige Partei mit Einwilligung ihres Proceßgegners einen Eid mittelst eines fremden Organs ausschwören, so kann oder muß der Richter, letzteres wo die admonitio de vitando perjurio durch die particuläre Gesetzgebung vorgeschrieben, dieselbe verwarnen oder durch ein dazu requirirtes auswärtiges Gericht verwarnen lassen, — weßhalb denn auch die Nothwendigkeit einer Eidesverwarnung die Zulässigkeit einer Eidesleistung durch einen Bevollmächtigten nicht ausschließt.

---

58) Glück, Erl. XII. S. 354; Schmid, Handb. II. S. 378; Seuffert, Arch. Bd. IX. no. 347.

59) Dagegen: Claproth, ordentl. Proc. II. S. 571.

60) So auch Schmid, Handb. II. S. 377. 378.

61) Rivinus, l. c. §. XV.

II. Die Vertretung einer Partei beim Eidesgebrauche durch eine in deren Rolle tretende dritte Person.

§. 4.

Allgemeines.

Schon früher wurde hervorgehoben, daß der Gebrauch des Eides als civilprocessualischen Beweismittels nur unter den Parteien selbst stattfindet. Die Tragweite dieses Grundsatzes tritt in dreifacher Hinsicht hervor.

Für's Erste kann eine Partei, welche sich der Eidesdelation bedienen will, dieselbe an ihren Proceßgegner vornehmen und braucht sich nicht die Alternative gefallen zu lassen, entweder von dem Gebrauche jenes Beweismittels zu abstrahiren, oder den Eid an einen Dritten zuzuschieben; ebenso kann eine Partei, wo der Richter einen Notheid auf gegnerischer Seite auflegt, verlangen, daß derselbe ihrem Gegner und nicht einem an dessen Stelle eintretenden Dritten deferirt werde, so wie auch, daß ihr Gegner, und nicht ein Dritter statt dieses, das an sich statthafte jusjurandum in litem anbiete und resp. schwöre.

Andrerseits ist aber der Streittheil, auf dessen Seite hin, sei es von der Gegenpartei, sei es vom Richter, ein Eid deferirt wird, zu fordern berechtigt, daß die Delation an ihn und nicht an einen hier an seine Stelle tretenden Dritten geschehe, so wie sich jener nicht gefallen zu lassen braucht, daß ein Anderer wie er das an sich zulässige jusjurandum in litem schwöre.

Endlich kann einem Dritten nicht zugemuthet werden, sich auf einen ihm deferirten Parteieneid einzulassen, beziehungsweise einen solchen Eid zu schwören.

Indessen sind von dem vorangestellten Principe durch ältere und neuere Processualisten vielfache Ausnahmen behauptet worden, Ausnahmen, für welche nur wenige Anhaltspunkte in den ge-

schriebenen Quellen des gemeinen Rechtes gegeben, deren Aufstellung aber ein wirkliches oder vermeintliches praktisches Bedürfniß veranlaßte.

Ein solches Bedürfniß glaubte man nun in einem doppelten Momente zu finden; einerseits nämlich in dem Umstande, daß es sich bei der Eidesdelation um den Beweis von Thatsachen handeln kann, rücksichtlich welcher bei einem Dritten eine bessere Kenntniß wie bei der Partei, der an sich der Eid zu deferiren wäre, zu erwarten ist; andrerseits aber in der absoluten oder relativen Eidesunfähigkeit der Partei, welcher an sich der Eid aufzulegen wäre, oder die sich zu demselben zu erbieten und ihn auszuschwören hätte.

Vom erstern Gesichtspunkte aus ist denn vielfach behauptet worden, daß in Streitigkeiten mit einem Cessionar oder sonstigem Rechtsnachfolger der Eid an den Cedenten oder Auctor zu deferiren sei, und ebenso an den Procurator statt an die Partei selbst, wenn es sich um facta propria jenes handle.

Namentlich mit Rücksicht auf den zuletzt angedeuteten Gesichtspunkt aber, wiewohl nicht ohne daß auch der erstgenannte hierbei Einfluß geäußert hätte, läßt man den Vormund (Tutor, Curator) beim Gebrauche des Eides als Beweismittels an die Stelle der Partei treten.

§. 5.

Die Eidesdelation an den Cedenten oder Auctor.

Aeltere und neuere Processualisten nehmen an, daß in Rechtsstreitigkeiten zwischen dem debitor cessus und dem Cessionar letzterer hinsichtlich eines auf dessen Seite zu deferirenden, resp. zu leistenden Eides, durch den Cedenten vertreten werde, und ebenso der Singular-Successor durch seinen Auctor, so oft es sich um Thatsachen handle, bezüglich welcher der Cedent oder Auctor allein, nicht aber dessen Rechtsnachfolger de veritate zu schwören im Stande.

Wiewohl die Vertheidiger dieser Ansicht hierbei keineswegs ausschließlich auf den Schiedseid reflectiren [62]), so haben sie doch rücksichtlich dieses allein sich näher erklärt, wobei jedoch die Meinungen im Einzelnen wesentlich auseinandergehen.

Nach den Einen soll der debitor cessus — um der Kürze halber von diesem Hauptfalle allein zu sprechen — unter den angeführten Voraussetzungen die Wahl haben, ob er dem Cedenten oder dem Cessionar den Eid zuschieben will [63]); eine Meinung, die offenbar davon ausgeht, daß sich der Schuldner einen Eid des Cessionars um deßwillen nicht gefallen zu lassen brauche, weil dieser nur de credulitate zu schwören im Stande wäre.

Nach Andern soll hier der debitor cessus nur dem Cedenten den Eid deferiren können [64]), weil da, wo ein juramentum veritatis zulässig, ein Glaubenseid unstatthaft sei.

Nach einer dritten Meinung endlich soll die Eidesdelation zwar nur an den Cessionar geschehen, dieser aber, weil er allein de credulitate zu schwören im Stande, verlangen können, daß der Cedent statt seiner (de veritate) schwöre [65]).

---

[62]) S. Arnold a. a. O. S. 60 flg. — So nahm auch das O.-A.-G. zu Wiesbaden im J. 1850 an, daß dem Cedenten, selbst wenn er nicht mitprocessirt, der Erfüllungseid auferlegt werden könne. — Seuffert, Arch. Bd. XI. no. 310.

[63]) Berger, Elect. disceptat. tit. 18. obs. 4. not. 5; Hommel, rhaps. obs. CXII; Seyfart, teutsch. Reichsproceß, Cap. XV. §. 43; Leyser, med. ad pand. spec. 201. no. 5; Danz, ordentl. Proc. §. 369; Seuffert, Arch. Bd. II. no. 337; III. no. 128. — Bad. Proc.-Ordn. §. 528. — Nach einer bei Hommel rhaps. obs. CXII. bekämpften Meinung sollten sogar Cedent und Cessionar zum Eide angehalten werden können. — S. auch Bayer. Ger.-Ordn. Kap. XIII. §. 1. no. 3; Preuß. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 10. §. 279; Tit. 17. §§. 26 sqq.

[64]) Wernher, obs. tom. I. P. I. obs. 338; Müller, observat. ad Leyserum tom. II. fasc. 1. obs. 419; Glück, Erl. XII. S. 278.

[65]) Mevius, decis. P. VII. dec. 260; Wetzell, Syst. S. 163 a. E. d. S. 164. — Coburg. Gesetz v. 1. Decemb. 1858, Art. 83. — Diese verschiedenen Ansichten werden von Strippelmann, Gerichtseid, II. S. 206 flg. nicht gehörig unterschieden. —

Bevor nunmehr zur Untersuchung übergegangen wird, ob die eine oder die andere dieser Meinungen im gemeinen Rechte begründet, dürfte es nicht unzweckmäßig sein, die aus allgemeinen Rechtsgründen denselben entgegenstehenden Bedenken zusammenzustellen, Bedenken, die theils formeller, theils materieller Art sind.

In formeller Hinsicht läßt sich nicht einsehen, auf welchem processualischen Wege ein Parteien-Eid einer dritten Person, welche nicht Partei ist, deferirt, oder dieselbe angehalten werden soll, einen einem Streittheile zugeschobenen Eid statt dieses zu schwören. Diese processualische Schwierigkeit wird durch die Berufung auf eine zwischen Cedenten und Cessionar, Auctor und Rechtsnachfolger bestehende Personen-Einheit, welche in der That nicht existirt [66]), so wenig beseitigt als durch diejenige auf das Recht des Cessionars oder Rechtsnachfolgers den Cedenten oder Auctor zur Intervention in den Proceß aufzufordern und ihm die Führung des Rechtsstreits zu überlassen [67]), da der Denunciat nicht verbunden ist, in den Proceß einzutreten, diese Auffassung überdies consequent zu der sonst nirgends behaupteten Beschränkung der Eidesdelation an den Cedenten oder Auctor, welcher in den Rechtsstreit intervenirt, führen müßte.

Nicht weniger erheblich sind aber die materiellen Bedenken, die der Eidesdelation an den Cedenten oder Auctor, resp. der Eidesleistung durch denselben entgegenstehen, Bedenken, welche von Seiten des Vertreters, wie desjenigen, der vertreten werden soll, so wie auch des Proceßgegners dieses letzteren sich ergeben.

Für den Dritten (Cedenten, Auctor) liegt an sich weder eine privatrechtliche, noch eine staatsbürgerliche Verbindlichkeit vor, sich auf einen Eidesantrag einzulassen, der an ihn in einem fremden Rechtsstreite, an welchem er vielleicht nicht einmal als

---

[66]) Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXIII. S. 381. — Viereck, Betrachtungen über die Anwendung des Beweismittels der Eidesdelation u. s. w. auf jurist. Personen, S. 40.

[67]) So Wetzell, Syst. S. 164 u. not. 36.

accessorischer Intervenient Theil nimmt, geschehen, oder in einem Termine zu erscheinen, um einen einem Andern (dem Cessionar oder Singular-Successor) deferirten und von diesem acceptirten Eid zu leisten oder zu verweigern [68]).

Hinsichtlich der Partei, welche vertreten werden soll (des Cessionars oder Singular-Successors) läßt sich aber ein Rechtsgrund nicht einsehen, warum sie die Annahme oder Zurückschiebung eines von ihrem Gegner deferirten Eides von der Willkühr eines Dritten abhängen lassen müßte [69]), — oder in die Alternative versetzt sein sollte, entweder einen Eid zu acceptiren, den ein Dritter auszuschwören, oder den Eid zu referiren [70]). Ebensowenig läßt sich aber einsehen, welche Wirkung für jene Partei der Ungehorsam des Dritten oder dessen Erklärung, daß er den ihm zugemutheten Eid nicht schwören könne oder wolle, haben sollte, da die poena confessi hier schon um deßwillen nicht eintreten kann, weil die Fiction eines gerichtlichen Geständnisses die Dispositionsbefugniß des Eidesverweigernden über das streitige Verhältniß voraussetzt, eine Befugniß, welche hier dem Dritten zweifellos abgeht [71]).

Für den Proceßgegner desjenigen, der vertreten werden soll, endlich besteht an sich kein Rechtsgrund, der Eidesleistung eines Dritten die Wirkungen eines von der Gegenpartei geschwornen Eides zuzuerkennen, sei es, daß es sich um einen von ihm dieser letztern zugeschobenen Eid oder um einen richterlichen Nothеid handelt. — Ebensowenig aber läßt sich aus allgemeinen Grund-

---

[68]) Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXIII. S. 385; Viereck a. a. O. S. 47.

[69]) Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXIII. S. 382 flg.

[70]) Viereck a. a. O. S. 49.

[71]) Schmid, Handb. II. S. 334. — Daher denn die Bad. Proc.-Ordn. §. 114 es dem richterlichen Ermessen überläßt, welche Wirkung der Eidesverweigerung des Dritten beizulegen.

sätzen für den Deferenten die Alternative ableiten, entweder von der Eidesdelation zu abstrahiren, oder den Eid einem Dritten zuzuschieben.

Sprechen hiernach gewichtige allgemeine Rechtsgründe gegen die Zulässigkeit einer Vertretung des Cessionars oder Singular-Successors durch den Cedenten oder Auctor hinsichtlich der Eidesdelation und resp. Eidesleistung, so sind dagegen die innern Gründe, welche man für dieselbe freilich je nach den Modalitäten der hier vertretenen Meinungen wieder in verschiedener Weise geltend macht, ganz und gar unstichhaltig.

(Forts. folgt.)

II.

Ueber die aus dem Mangel der Sachlegitimation entspringende Nichtigkeit.

Von

Herrn Professor Dr. C. Bolgiano in München.

I. Abtheilung.

(Literatur.)

Wenn ein Prozeß durchgeführt wurde, in welchem es dem Kläger an der Activ- oder Passivlegitimation — oder auch an der Prozeßlegitimation — fehlt, so ist dieser Prozeß für den wahren Berechtigten eine res inter alios acta, und daher ohne alle verbindende Kraft [1]). Dieß ist in Theorie und Praxis ein ganz unbestrittener und allgemein anerkannter Grundsatz:

Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses S. 100—108. Bracken-

---

[1]) Dieß zeigt sich sowohl bei dinglichen, als auch bei persönlichen Klagen, bei den letztern in der Art, daß bei mangelnder Activlegitimation der Verurtheilte durch Erfüllung des Urtheils von seiner Verpflichtung nicht liberirt wird, bei mangelnder Passivlegitimation der wirkliche Schuldner durch die Leistung des Verurtheilten nicht befreit wird. S. Brackenhoeft a. a. O. Note 4. —

hoeft, Erörterungen zu Linde's Lehrbuch S. 326 sq. v. Bayer Vorträge 7te Aufl. S. 42, 8te Aufl. S. 69 a. E. Schmid, Handb. I. S. 184, 185 u. 187.

Sehr bestritten dagegen ist die Frage, welchen Einfluß der Mangel der Sachlegitimation auf das Streitverhältniß und die streitenden Parteien hat [2]).

---

[2]) „Daß die Parteien, welche nicht als die rechten miteinander gestritten haben, sich zum Schadensersatz verpflichtet werden können, folgt aus allgemeinen Grundsätzen, auch ist hier mindestens der Begriff der temeritas litigandi begründet fr. 3 D. (4. 16)." So lehrt Sintenis in seinen Erläuterungen I. S. 578. Mit Recht unterscheidet aber Bethmann-Hollweg in seinen Versuchen Seite 102—108:

1) Trat ein falscher Kläger in dem früheren Prozeß auf und erwirkte ein condemnatorisches Urtheil, welches den Beklagten in eine Summe Geldes verurtheilte und das dieser erfüllte, so kann der wirklich Berechtigte dessenungeachtet gegen seinen Schuldner auftreten. Hat dieser nun auch den wahren Gläubiger befriedigt, somit zweimal bezahlt, so kann er das dem vermeintlichen Gläubiger Gezahlte nicht mit der condictio sine causa oder indebiti zurückfodern, denn dieser wird ihm exc. rei judicatae opponiren, worauf er nicht repliciren kann, daß durch ein späteres Urtheil ein Andrer als Gläubiger anerkannt worden, weil dieses Urtheil den früheren Kläger nicht bindet. Hat jedoch der Schuldner das frühere Urtheil noch nicht erfüllt, so kann er vom ersten Kläger Caution fodern, daß er ihn gegen den zweiten vertreten wolle.

2) Wurde aber ein falscher Beklagter im früheren Prozeß belangt und condemnirt, so hat der vermeintliche Schuldner das Recht, wenn der Gläubiger auch den wahren Debitor mit Erfolg ausgeklagt hat, das ohne Grund Gezahlte mit der condictio sine causa zurückzufodern. Denn der Gläubiger hat hier den Gegenstand seiner Foderung zweimal, nach strengem Recht aus verschiedenen Gründen, in der That aber doch aus demselben Grunde, indem durch beide Urtheile nur eine Obligation anerkannt werden sollte. Wenn daher der Beklagte die exc. rei jud. opponirt, so wird Kläger de dolo malo repliziren und anführen, daß der Gläubiger durch die zweite Klage gegen einen Andern diesen als den wahren Schuldner anerkannt habe, also mit sich selbst in Widerspruch gerathe, wenn er nun wieder den ersten für seinen Schuldner erkläre. Nur dann bleibt es beim Erfolg des früheren Prozesses, wenn der Gläubiger die Klage gegen den wahren Berechtigten verschmähen und sie auch dem vermeintlichen Schuldner nicht cediren wollte. —

Die älteren Rechtslehrer und praktischen Schriftsteller nehmen unheilbare Nichtigkeit des Verfahrens wegen mangelnder Sachlegitimation an, ohne jedoch genau anzugeben, was sie sich unter dem Mangel der Legitimation denken, ohne sich näher darüber auszusprechen, wie sie es mit der unheilbaren Nullität meinen.

Vgl. z. B. Mevius V. dec. 13, 188. Slevogt §. 26 Ludovici §. 7 u. 8. Wernher, Observ. for. VI. 374. Claproth §. 71. Danz §. 125. Hofacker princ. juris §. 4515. Thibaut, Pandekt. §. 1058 Grolman §. 56 (Seite 61). Gensler, Handbuch zu Martin Nr. V. S. 181 (der jedoch die Nullität auf den Fall beschränkt, wenn der Legitimationspunkt an der gehörigen Stelle oder in dem ganzen Prozeß nicht angeführt oder gar kein Beweis darüber beigebracht ist).

Von den neueren Schriftstellern hat

Bethmann-Hollweg in seinen Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses S. 97—100

den fraglichen Gegenstand zuerst eingehend behandelt, und nach Gensler's Vorgang zwischen formellen und materiellen Mangel der Sachlegitimation unterschieden.

Formell fehlt die Sachlegitimation (nach Bethmann), wenn der Legitimationspunkt in der Klageschrift oder im ganzen Prozeß gar nicht angeführt, oder nicht richtig angeführt, oder vom Richter ganz unbeachtet geblieben ist. Materiell fehlt dagegen die Sachlegitimation, wenn die Parteien wirklich der rechte Kläger und Beklagte nicht sind. Wegen materiellen Mangels der Legitimation zur Sache — lehrt Bethmann — kann niemals Nichtigkeit eintreten, wohl aber wegen formellen Mangels, soferne der materielle Mangel hinzutritt. (Denn der Legitimationspunkt ist nach Bethmann ein wesentliches Stück des Klagegrundes und des Beweisinterlocuts. Fehlt er daher, so muß die Klage und das ganze darauf gebaute Verfahren ungiltig sein, soferne Kläger nicht im Stande ist, die Legitimation zu beschaffen.

Kann er aber dieses, so ist der der Strenge der Rechte nach ungiltige Prozeß aufrecht zu erhalten, weil die nochmalige Verhandlung der Sache ein unnützer Aufenthalt wäre.)

v. Linde in seiner
Zeitschrift Band 3. S. 297 sqq..

hat die Inconsequenz dieser Theorie dargelegt, und unter Berufung auf's Röm. Recht, fr. 3. D. (40. 16.) fr. 47 D. (42. 1.) fr. 36. D. (10. 2.), sowie auf die Natur der Sache nachzuweisen versucht, daß die Nichtigkeit eines Urtheils wegen Mangels der Legitimation niemals als die Folge eines Formfehlers in der prozessualischen Verhandlung, sondern stets nur als die Folge eines Mangels in der Person der Parteien erscheine. (Vgl. besonders S. 299 und S. 305 Abh. 2 und S. 306.) Wenn daher die Sachlegitimation bloß formell fehlt — lehrt v. Linde S. 308 —, so tritt niemals Nichtigkeit des Verfahrens und Urtheils wegen Mangels der Legitimation ein; dagegen soll Verfahren und Urtheil immer unheilbar nichtig sein, wenn die Sachlegitimation materiell fehlt, d. h. wenn die Parteien wirklich der rechte Kläger und Beklagte nicht sind, und der Richter sie dennoch ausdrücklich oder stillschweigend dafür anerkennt und auf diese materiell unrichtige Voraussetzung hin das Urtheil gesprochen hat. Hieraus folgt, daß die Parteien in jeder Lage des Prozesses, selbst bei der Execution, auf den Mangel der Sachlegitimation aufmerksam machen können, sowie daß der Richter von Amtswegen zur Prüfung desselben verpflichtet ist.

Die Motivirung s. S. 297 u. 298. Vgl. auch v. Linde's
Lehrbuch §. 115 vor Note 5, und §. 116 Note 2.

Unter den neuern Schriftstellern hat v. Linde's Theorie bloß an

Gönner, Handb. III. S. 416 und Gesterding, Nachforsch. S. 128

Anhänger gefunden. Alle andern Rechtslehrer erklären sich im gegentheiligen Sinne, denn sie statuiren eine Nichtigkeit

ob defectum in persona partium bloß wegen fehlender Gerichtsstandsfähigkeit, oder mangelnder Prozeßlegitimation, nicht aber wegen (materiell) fehlender Sachlegitimation.

Vgl. Plank, Dissertatio de legit. ad causam (Göttingen 1837) §§. 18—22. Sintenis, Erläut. Heft 2 u. 3, S. 547—580. Martin, Lehrbuch §. 37. Schmid, Handbuch (1843) I. S. 184—189. Brackenhoeft III. S. 511. Erörterungen über Linde's Lehrbuch (1842) S. 336—342. v. Bayer, Vorträge 7te Aufl. S. 41 u. 42. 8te Aufl. S. 68 u. 69. v. Seuffert in den Blättern für Rechtsanwendung Band IV. S. 66 sqq., und im Commentar über die Bayer. Gerichtsordnung (Handbuch des deutschen Civilprozesses) Th. II. S. 142 sqq.

Allein nur Plank und Sintenis haben die Linde'sche Theorie hinreichend widerlegt. Ueberdieß ist Brackenhoeft's Darstellung und nicht minder diejenige von Schmid so dunkel und lückenhaft, daß es mir wenigstens schwer wurde, mich völlig darin zurechtzufinden. Brackenhoeft sagt im Eingang seiner Abhandlung:

„Linde's Compendium (§. 115 u. 116 Note 2) ist mit sich selbst im Widerspruch, wenn es die Sachlegitimation zum Klaggrund zählt und dennoch wegen Mangels derselben eine Nullität und zwar eine absolute des Verfahrens entstehen läßt. Denn ein Mangel im Grund der Klage kann eine Nichtigkeit des Verfahrens nicht zur Folge haben."

Und sogar Bethmann lehrt (S. 91—93, S. 99 a. E. und S. 133), daß die Sachlegitimation nicht zu den wesentlichen Bedingungen der förmlichen Giltigkeit des Prozesses gehöre, wie die legitima persona standi in judicio und die legitimatio ad processum, und daß zwischen Legitimation und Klaggrund kein innerer Gegensatz bestehe, weil der Legitimationspunkt wesentlich Theil des Klaggrundes sei. (Noch ausführlicher ist hierüber Plank l. c. §. 18 u. 19 [S. 26—28]).

Allein alle diese Gründe, welche Brackenhöft und Andere

gegen die Nichtigkeit wegen Mangels der Sachlegitimation anführen, sind nur allgemeiner Art. Die Widerlegung der von Linde für die conträre Ansicht angeführten positiven Gründe ist uns Brackenhoeft schuldig geblieben. Auch v. Seuffert in den Blättern für Rechtsanwendung und im Handbuch hat Linde's Ansicht nicht zu entkräften vermocht. Er sagt am Ende seiner Erörterung: „Allerdings spricht der J. R. A. §. 122 auch von einer Nichtigkeit wegen unheilbaren Mangels aus der Person der Partei. Daß aber hierunter nicht bloß der Mangel der legitima persona standi in judicio und der Prozeßlegitimation, sondern auch der Mangel der Sachlegitimation zu verstehen sei, ist eine Voraussetzung, die weder in der Natur der Sache, noch in den Gesetzen ihre Begründung findet, vielmehr den Ausspruch des Paulus in fr. 36 D. fam. ercisc. geradezu gegen sich hat."

Allein der Beweis dieser Sätze wird auch von Seuffert nicht geliefert, was um so auffallender ist, als das von ihm citirte fr. 36 D. fam. ercisc. von Linde im Lehrbuch (7te Auflage) gerade für die conträre Ansicht angeführt, und von Bethmann l. c. S. 114 in diesem Sinne interpretirt wird.

Die Ansichten der oben genannten Schriftsteller, welche sich gegen Linde erklärt haben, sind übrigens durchaus nicht conform; sie harmoniren bloß in dem einen Punkt, daß sie wegen materiellen Mangels der Sachlegitimation keine Nullität annehmen, im Uebrigen lassen sich fast eben so viele Abstufungen und Nuancirungen der Meinungen unterscheiden, als Namen oben genannt sind.

1) Sintenis in seinen Einleitungen S. 547 sqq. gehört zum Theil noch der Linde'schen Theorie an, obwohl er dieselbe nach Plank's Vorgang bekämpft (S. 561—563); Sintenis nimmt nämlich in mehreren Fällen wegen materiellen Mangels der Sachlegitimation eine Nichtigkeit an (so z. B. wenn die Legitimation von einer Eigenschaft abhängt, die einen öffentlichen Charakter an sich trägt, wie die Mitgliedschaft einer Ge-

meinde). Er behauptet also folgerichtig, daß der Richter in diesen Fällen das Dasein der Legitimation amtlich zu berücksichtigen habe. In den übrigen Fällen folgt er aber der Theorie Plank's. S. unten Nr. 6.

2) Schmid in seinem Handbuch Th. I. S. 184—189 folgt der Ansicht Bethmann-Hollweg's (s. oben S. 29), nimmt also Richtigkeit wegen formellen Mangels der Sachlegitimation an, soferne der materielle hinzutritt (vgl. besonders S. 185 nr. 2 a und S. 186 b).

3) Brackenhöft in seinen Erörterungen S. 336 u. 337 erklärt sich zwar eben so entschieden gegen Bethmann (S. 336 Satz 3 u. 4), als gegen Linde (S. 336 S. 1 u. 2, s. oben S. 30), allein er nimmt doch mit Bethmann dann eine Richtigkeit an — und zwar wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs — wenn der Richter über den widersprochenen Legitimationspunkt keinen Beweis auflegte.

4) Auch v. Bayer (S. 681.) scheint wegen formellen Mangels der Sachlegitimation eine Richtigkeit statuiren zu wollen, nämlich dann, wenn Kläger den Legitimationspunkt im ganzen Prozeß nicht anführte, und dennoch ein obsiegliches Urtheil erlangte. Ausdrücklich ausgesprochen finden wir zwar diese Lehre in v. Bayer's Lehrbuch nicht, aber sie folgt doch mit nothwendiger Consequenz aus seiner Darstellung der Sachlegitimation. S. unten Abtheil. III zu Fall III a. E. sub. nr. 3.

Den Unterschied zwischen v. Bayer's und Bethmann's Auffassung liegt aber meines Erachtens darin, daß:

a) Bethmann einen formellen Mangel der Sachlegitimation und also Richtigkeit des Verfahrens nicht bloß dann annimmt, wenn der Legitimationspunkt in der Klage gar nicht angeführt ist, sondern auch dann, wenn er unrichtig angeführt, oder vom Richter unbeachtet geblieben ist, — während v. Beyer in den zwei letzten Fällen (und gewiß mit Recht) keine Nullität anzunehmen scheint. Ferner:

b) daß Bethmann die strengem Recht nach eingetretene Nullität (des Endurtheils) für geheilt erachtet, wenn Kläger die Sachlegitimation nachbringt (d. h. nicht bloß behauptet, sondern auch beweist), weil eine nochmalige Verhandlung derselben Sache ein unnützer Aufenthalt sein würde; — während v. Bayer eine solche Heilung (und wohl mit Recht) für unstatthaft, und also nochmalige Verhandlung derselben Sache für nothwendig zu halten scheint. —

5) Eine besondere Theorie (Mittelmeinung) vertritt Martin in seinem Lehrbuch §. 37. Derselbe nimmt wegen formellen Mangels der Sachlegitimation keine absolute Nichtigkeit an, behauptet aber, daß der Richter (abgesehen vom Fall der oblatio liti) von Amts wegen darauf sehen müsse, ob die Sachlegitimation vorhanden sei, und daß die Parteien bis zur Rechtskraft des Endurtheils den Mangel derselben rügen können, damit die fehlende Sachlegitimation ergänzt werde, widrigenfalls Alles bis dahin Geschehene cassirt werden müsse. Weiter ausgeführt wird dieser Satz in der neuesten Auflage des Martin'schen Lehrbuchs (herausgegeben von dessen Sohn 1855—1857) Bd. I. S. 243—248. (Aus der ganzen Ausführung, wie aus der Berufung auf Bethmann-Hollweg folgt mit Nothwendigkeit, daß Martin nur den formellen Mangel der Sachlegitimation im Sinn haben kann.) Endlich:

6) Plank in seiner Dissertation und v. Seuffert in seiner Zeitschrift (Blätter für Rechtsanwendung Bd. IV. S. 66 fg.) erklären sich unbedingt gegen den Eintritt einer Nichtigkeit wegen formellen (oder materiellen) Mangels der Sachlegitimation.

Wir können somit die Ansichten der Schriftsteller über die Folgen der mangelnden Sachlegitimation unter folgende Hauptgruppen bringen:

I. Der materielle Mangel der Sachlegitimation hat Nullität zur Folge (die Theorie der älteren Rechtslehrer und v. Linde's).

II. Der formelle Mangel der Sachlegitimation (d. h. die Uebergehung des Legitimationspunkts in der Klageschrift, oder im Beweisinterlokut) erzeugt Nullität, aber nur dann, wenn der materielle hinzutritt (die Ansicht Bethmann-Hollweg's und Schmid's).

III. Blos der formelle Mangel der Sachlegitimation hat Nullität zur Folge (die Theorie v. Bayer's und Brackenhoeft's). Jener besteht aber:

a. Nach Brackenhoeft in der Uebergehung des Legitimationspunkts im Beweisinterlokut.

b. Nach v. Bayer in der Nichtanführung eines legitimirenden Factums im Klaglibell.

IV. Weder der formelle, noch materielle Mangel der Sachlegitimation kann eine Nichtigkeit erzeugen (die Theorie von Plank und Seuffert [Nr. 6 oben], die auch ich für die richtige halte). Dazu kommt:

V. Die Mittelmeinung von Sintenis: der materielle Mangel der Sachlegitimation hat in gewissen Fällen die Nullität zur Folge. Endlich:

VI. Jene von Martin: der formelle Mangel der Sachlegitimation hat diesen Effekt, aber nur ante, nicht post rem judicatam.

Von der II. und III. Theorie ist übrigens zu bemerken, daß dieselbe nichts Eigenthümliches über die Sachlegitimation aufstellt, denn ganz das Nämliche muß von jeder andern Thatsache des Klaggrundes gelten,

Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 99,

so daß im Sinne Bethmann's, Schmid's und v. Bayer's gesagt werden muß: wenn ein Urtheil auf eine unsubstanzirte Klage gegründet, oder (nach Bethmann, Schmid und Brackenhoeft) kein Beweis über einen relevanten Punkt des Klagfundaments oder über eine wahre Einrede aufgelegt wurde, so ist Urtheil und Verfahren unheilbar nichtig, gleichviel, ob die

Klage in objektiver, oder subjektiver Hinsicht (d. h. bezüglich der Sachlegitimation) nicht substanzirt erscheint, gleichviel, ob über den Legitimationspunkt, oder über einen andern bestrittenen und relevanten Punkt kein Beweis aufgelegt worden. — Die Prüfung dieser verschiedenen Theorieen s. in der folgenden Abtheilung II.

II. Abtheilung.

(Kritik.)

Es frägt sich nun: welche von diesen 6 verschiedenen Theorieen ist die richtige, — A. Linde's Ansicht (man kann sie wohl die ältere Doktrin nennen) (S. oben I.) oder die Theorie der Neuern? (S. II—VI). Sodann: B. welche von den neuern Doktrinen hat den Vorzug?

ad A. Die ältere Doktrin mit ihrer Richtigkeitslehre wegen materiellen Mangels der Sachlegimation erscheint bereits als überwundener Standpunkt. Plank in seiner oben allegirten Dissertation §. 18—22 hat dieselbe gründlich widerlegt. Ich schließe mich daher der jüngern Doktrin [3]) und der durch Plank und Sintenis versuchten Widerlegung der von Linde für die ältere Ansicht beigebrachten positiven Gründe an [4]). v. Linde

---

[3]) Die Statusklagen haben bekanntlich, wie die dinglichen Klagen, eine erweiterte Wirksamkeit; es gilt bei ihnen die res judicata nicht bloß unter den Parteien, sondern in weiterem Kreise, gegen jeden Dritten l. 25. D. (1. 5)
Keller, L. C. §. 47,
Brackenhoeft, Erört. §. 20,
Puchta, Pandekten §. 90,
Vangerow, Pandekten §. 173,
Savigny, System VI, §. 306,
nur nicht — wie oben ausgeführt wurde — gegen den wahren Dominus, oder Patron! —

[4]) Mit Recht lehrt Sintenis a. a. O. nach dem Vorgange Plank's §. 28 a. E.: „Für den Satz, daß das Röm. Recht zur Giltigkeit des gerichtl. Verfahrens und der Entscheidung wesentlich bedinge, daß der Prozeß unter den rechten Parteien geführt werde, werden zwei Stellen angeführt, die das aber gar nicht zu beweisen vermögen. Wäre im Röm. Recht wirk-

beruft sich nemlich zur Unterstützung des Satzes, daß der materielle Mangel der Sachlegitimation Nichtigkeit zur Folge habe (s. Note 2 oben) aufs Römische Recht und zwar auf

fr. 3 D. (40. 16) fr. 47. D. (42. 1) fr. 36. D. (10. 2).

Allein alle diese Stellen beweisen nur scheinbar für die Theorie Linde's.

1) Das fr. 3. D. (40. 16) lautet:

„Cum non justo contradictore quis ingenuus pronunciatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla judicata res intervenisset: idque Principalibus constitutionibus cavetur."

Wenn also — sagt der Jurist Callistratus — durch Urtheil ausgesprochen wurde, daß Jemand ingenuus sei, so soll ein solches Urtheil unwirksam sein, sowie sich herausstellt, daß ein

---

lich dieser allgemeine Satz begründet, so scheint es, könnte unmöglich der bestehen, daß, wenn zwischen falschen Parteien eine Sache verhandelt und rechtskräftig entschieden worden, ganz abgesehen von dem absolut wahren Sachverhältniß, es zwischen ihnen dabei bewende, so daß selbst die geschehene Leistung, wenn die Wahrheit nachher an den Tag gekommen ist, nicht rückgängig gemacht werden könne. fr. 3. D. (10. 2)." Darin scheint mir aber Sintenis zu irren, wenn er weiter lehrt, auch der J. R. A. könne nicht vom Mangel der Sachlegitimation verstanden werden, sondern nur etwa vom Mangel der legitima persona standi in judicio u. dgl. Denn er laute viel zu allgemein, als daß er zu dem hier gewünschten Beweise dienen könne, ohne daß dieser schon anderweitig hergestellt wäre. Er erscheine, wie ein Referens sine relato. Ich sage, Sintenis gehe hier zu weit, denn gerade weil sich der J. R. A. allgemein ausdrückt, dient er ja zum Beweis! Unter dem „defectus aus der Person der Partei ist der Mangel der Sachlegitimation gerade so gut begriffen, als der Mangel der Gerichtsstandsfähigkeit. Uebrigens verweist der J. R. A., was die Nullität ex defectu in persona partium anbelangt, auf die fremden Rechte. Er beweist also für oder gegen die Nullität wegen besagten Mangels nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar, d. h. nur soweit als das Röm. und Kanon. Recht für oder gegen die Nullität ist. Er ist somit allerdings ein Referens, aber nicht ein Referens sine relato, wie Sintenis sagt, weil uns ja das Röm. und Kanon. Recht, worauf er sich bezieht, zugänglich ist.

Dritter der wahre Patron des als ingenuus Erklärten ist, der Proceßgegner also nicht legitimus contradictor war. Allerdings ist hier von Erfolglosigkeit, und also Nullität des Urtheils die Rede, aber nicht die formelle (prozessualische), sondern die materielle Nichtigkeit (d. h. eben die Unwirksamkeit des Urtheils) hat der Jurist im Sinne. Er will bloß sagen, das Urtheil sei für den wahren Herrn eine res inter alios acta und daher ohne allen Effekt, keineswegs aber beabsichtigt er, das Urtheil unter den Parteien selbst und Andern gegenüber [5]) als nichtig darzustellen.

Dieß folgt meines Erachtens schon aus der Natur der hier angestellten Klage. Wir dürfen nemlich nicht übersehen, daß die fragliche Stelle von einer Statusklage handelt.

1) Bei persönlichen und selbst bei dinglichen Klagen ist freilich, wenn der Beklagte verurtheilt wird, das Urtheil nicht bloß formell rechtsbeständig, sondern auch materiell wirksam, weil sich der nicht legitimirte Kläger (der angebliche Cessionar z. B.) darauf berufen und vom Beklagten die betreffende Leistung verlangen kann. Bei einer Statusklage dagegen (und ebenso bei persönlicher und dinglicher Klage, wenn der Kläger abgewiesen wird) ist das Urtheil zwar formell rechtsbeständig, materiell aber so gut wie wirkungslos; denn was nützt dem Beklagten oder Kläger das Urtheil, welches ihn als ingenuus erklärt (oder von der Forderung des angeblichen Cessionars freispricht)? — Dem wahren Berechtigten gegenüber kann er sich ohnehin nicht darauf berufen, weil es für diesen eine res inter alios acta ist; dem als Herrn oder Cessionar aufgetretenen Gegner gegenüber hat aber das Ur-

---

5) Ich behaupte nämlich mit den neuern Rechtslehrern, daß der materielle Mangel der Sachlegitimation keine Nichtigkeit zur Folge haben könne. Allgemeine Gründe für diese Ansicht s. oben Abth. I, a. E.) Eine Härte gegen den Beklagten, der einem nicht legitimirten Kläger gegenüber verurtheilt wurde, liegt um so weniger vor, als der erstere in vielen Fällen die Wirkungen der res judicata durch die condictio sine causa paralysiren darf. S. Note 2.

theil für den Beklagten aus dem Grunde keinen Nutzen, weil dieser ex hypothesi gar nicht der rechte Kläger ist, weil er durch die Rechtskraft keine Rechte verlieren kann, die er in Wirklichkeit nicht hat. Ihm gegenüber hat also das Urtheil keinen andern Effekt, als daß der Beklagte einer neuerlichen Klagestellung die exc. rei judicatae opponiren kann.

2) Nehmen wir aber einmal an, der Jurist hätte doch die prozessuale Nichtigkeit im Sinne, das Urtheil wäre wegen fehlender Sachlegitimation wirklich nichtig, von wem könnte dann die Nichtigkeit geltend gemacht werden? — Der wahre Patron braucht die Nichtigkeitsbeschwerde gar nicht, für ihn ist der fragliche Prozeß eine res inter alios acta. Der unterlegenen Partei aber — dem injustus contradictor — nützt die Querel gar nichts, denn er müßte beweisen, daß er injustus contradictor, daß ein Anderer der dominus des als ingenuus Erklärten sei; beweißt er aber das, ja behauptet er es nur, was nützt ihm dann die Querel?! —

Hiemit wäre dargethan, daß in obiger Stelle bloß von der materiellen Unwirksamkeit, nicht von der formellen Nichtigkeit des Urtheils die Rede ist; zu diesem Resultat kommt auch Plank, welcher a. a. O. §. 21 lehrt:

„Facile igitur expeditur totius loci sensus hic. decretum, quo quis ingenuus est pronunciatus alio contradicente, quamvis verus patronus adsit, plane est inefficax, quasi sit nullum. Nam patrono legitimo non obstat res inter alios judicata. Neque vero decretum vires habet contra injustum contradictorem ipsum, qui jus patronatus re judicata amittere non possit, quod non habuerit. Quare eleganter legitur: „perinde est inefficax decretum etc. etc.“ Ex quibus colligitur, hunc quoque locum nihil probare, nisi rem inter alios actam aliis non nocere. Vgl. auch Sintenis S. 561.

Unerklärlicher Weise behauptet aber Bethmann, welcher die fragliche Stelle zuerst ausgelegt hat (S. 109), daß bei Präjudizialklagen die Wirksamkeit der res judicata sogar gegen denjenigen

gelte, der eigentlich als Gegner in jenem Prozeß hätte auftreten sollen. Bethmann deduzirt dieses aus unsrer Stelle, welche zur Giltigkeit des Prozesses und Urtheils einen justus contradictor fordere, unterscheidet jedoch zwischen diesem und dem wahren Herrn, unter Berufung auf c. 1 Cod. (7. 14). Nicht der wirkliche Herr oder Patron sei justus contradictor (würde der Legitimationsbeweis gefordert, so sei ja damit die Sache beendigt), sondern nur derjenige, welcher es zu sein behaupte, c. 1. Cod. (7. 14). Wenn also in diesem Prozeß gegen den Contradictor gesprochen, der Stand des Andern anerkannt worden, so sei dieses Urtheil giltig, und könne selbst gegen den wahren Herrn oder Patron geltend gemacht werden.

Sintenis bemerkt dagegen a. a. O. S. 561 Note 1 (vgl. auch Plank §. 21): „Was Bethmann lehrt, ist unverständlich; denn wer ist nun ein non justus contradictor, wenn es der nicht ist, welcher Patron zu sein behauptet, ohne es zu sein?“ — Hierauf antworte ich: ein non justus contradictor im Sinne Bethmann's muß wohl derjenige sein, welcher sich gar nicht als Herr der Person gerirt hatte, die gegen ihn auftrat und welche dann als ingenuus erklärt wurde. Nun erhält Bethmann's Auslegung einen Sinn. Wer einem non justus contradictor gegenüber als ingenuus erklärt wurde, sagt Callistratus, der ist es in Wirklichkeit nicht; wer aber einem justus contradictor, d. h. dem gegenüber freigesprochen wurde, der sich als Herr gerirte, der ist und bleibt ingenuus, auch dem wahren Herrn gegenüber. Bethmann's Auslegung des fr. 3 stützt sich also auf das argumentum e contrario; per argumentum e contrario kommt er zu dem Schluß, daß bei Statusklagen die res judicata gegen jeden Dritten, selbst gegen den wahren Herrn oder Patron wirke, wenn die Ingenuitätserklärung einem justus contradictor gegenüber geschehen war.

Allein: 1. die Unsicherheit des argumenti e contrario ist bekannt; für den concreten Fall hat aber diese Schlußfolgerung aus dem Grunde gar keinen Werth, weil zu einer so anomalen

und exorbitanten Wirksamkeit der res judicata, wie sie Bethmann bei Präjudizialklagen eintreten läßt, verba expressa und imperativa, d. h. eine dieses direkt und unzweideutig aussprechende Gesetzesvorschrift nöthig wäre, woran es in concreto absolut fehlt; — dazu kömmt: 2. daß derjenige, welcher nicht dominus oder patronus zu sein behauptet, zum Prozeß de statu gar nicht zugelassen werden kann. Ferner ist zu erwägen: 3. daß das Bethmann'sche Verständniß von justus und non justus contradictor auf einer mehr oder weniger willkürlichen Annahme beruht, und durch Plank a. a. O. Note 179 längst widerlegt ist. Unter „justus contradictor" ist, einer natürlichen und ungezwungenen Auslegung zufolge, gewiß der wirkliche Patron zu verstehen, unter „non justus contradictor" aber derjenige, welcher sich als Patron ausgiebt, ohne es in Wahrheit zu sein, oder auch derjenige, der sich gar nicht als Patron gerirte und doch als solcher belangt wurde. In diesem Sinn scheint auch Bülow, der jüngste Interpret, unsere Stelle verstehen zu wollen, denn er sagt am Schluß seiner Dissertatio inauguralis de praejudicialibus formulis *) (Breslau 1859) S. 45:

*) Diese treffliche Arbeit bekam ich erst in die Hand, als ich meine Abhandlung zum Druck versenden wollte. Es wird zu Ende derselben (S. 41—44) dargethan, daß zwar der Satz „res inter alios judicatae aliis nec prodesse nec nocere possunt" bei Präjudizial-, wenigstens bei Statusklagen eine Ausnahme erleide, wie die Schriftsteller zu allen Zeiten angenommen haben, daß aber die exc. rei judicatae durchaus nicht Jedem opponirt werden könne, der nach der rechtskräftig gewordenen Ingenuitätserklärung neuerdings mit einer Statusklage auftrete, wie die Ausleger anzunehmen scheinen, da es nach dem Digestentitel de exc. rei jud. ohne Ausnahme feststehe, daß die exc. rei jud. nur dann wirksam vorgeschützt werden dürfe, wenn eadem conditio personarum vorliege. Der Grund der obigen Ausnahme könne daher (fährt Bülow fort), nicht hierin, sondern müsse wo anders gesucht werden. Eine Statusklage dürfe bloß vom wahren Herrn, Patron, oder Vater erhoben werden, erhalte nun dieser ein judicium und eine Sentenz, so erstrecke sich dessen Wirksamkeit auf jeden Dritten. Wäre aber die Statusklage nicht vom wahren Dominus angestellt worden, so könne die rechtskräftige Sentenz diesem letztern gegenüber keine Wirksamkeit äußern, und

„— — Quod Bethmann-Hollweg ita accipit, ut is, qui egerit, se dominum vel patronum esse, dixerit, oporteat. At qui se non dicit dominum vel patronum esse, omnino non admittendus est ad status quaestionem alteri movendam. Hic autem sermo est de statu quaestione, quae jam facta sit a non justo contradictore; de hoc igitur, an contradictor se patronum vel dominum dixerit, non jam dubitari ac quaeri potest. Queritur, num sententia talis sit, qualis etiam ab extraneis pro veritate habeatur; quod non contingit, si quis se quidem patronum dixit, sed fraudulenter. Itaque non tam is, qui se non dicat dominum vel patronum, quam is, qui se fraudulose dixerit, injustus contradictor habendus est.“

2) Eine andere Stelle, worauf sich v. Linde beruft, fr. 47 pr. D. (42. 1) lautet:

„De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, judicari oportet; aliter enim judicatum tantum inter praesentes tenet.“

Allein diese Stelle beweist eher für das Gegentheil, denn darnach soll sich die Wirksamkeit des Urtheils bloß auf die streitenden Theile beschränken und weiter Niemand binden.

Vgl. Plank und Sintenis a. a. O.

3) In der 7. Auflage seines Lehrbuchs beruft sich Linde auch noch auf

fr. 36. D. fam. ercisc.,

welche Stelle ebenfalls Bethmann l. c. S. 113—15 zu interpretiren versucht hat.

Der Inhalt der ganzen Stelle ist kurz dieser. Wenn ein Erbe mit einem andern, den er fälschlich für seinen Miterben

---

sei also derselbe nicht gehindert, seinerseits mit der Statusklage hervorzutreten. Bülow kömmt somit zu dem Resultat, daß bei den Statusklagen die Wirksamkeit der res judicata sich keineswegs auf jeden Dritten erstrecke, sondern nur auf jene, welche nicht aus eigenem Recht den status anfechten können. —

hält, oder wenn mehrere vermeintliche Erben sich in den Erbtheilungsprozeß einlassen, und es sich nachher zeigt, daß die Parteien beide oder eine derselben nicht Erbe gewesen seien, so liegt gar kein Erbtheilungsprozeß vor („non est judicium familiae erciscundae“ sagt Paulus); allein was zufolge des richterlichen Urtheils einer dem andern gezahlt hat, kann doch nicht zurückgefodert werden.

Bethmann a. a. O. nimmt aber Richtigkeit des Verfahrens an. Er sagt:

„Die Worte „„non est judicium familiae erciscundae““ „bezeichnen nach dem Sprachgebrauch der Röm. Juristen auf das „unzweideutigste die Nullität des ganzen Prozesses, und daß das „Gezahlte nicht zurückgefordert werden kann, steht damit nicht in „Widerspruch. Denn die condictio indebiti, welche allein hier „stattfinden könnte, ist ausgeschlossen, ubi lis inficiando crescit in „duplum. Dieß war aber, wenigstens nach älterem Recht, ent„schieden bei der actio judicati der Fall.“ Soweit Bethmann.

Mit Recht haben sich aber Plank (Note 165) und Schmid S. 186 Note 44 gegen diese Interpretation erklärt. Plank a. a. O. bemerkt über die Worte „quamvis non sit judicium“:

„— — re vera et secundum principia doctrinae de divisoriis judiciis illud quidem non esse familiae herciscundae judicium, sed tamen partes obligatas esse re judicata. Certe Paulus, ubi quis actor servientes persecutus contra possessorem praedii servientis re judicata ricisset, quamvis non esset dominus praedii dominantis, eodem jure dixisset: non est actio confessoria, quoniam domino soli competit. Quo casu ipse Hollweg sententiam latam habere vires rei judicatae praecipit. l. c. p. 101.“

Vgl. auch Sintenis S. 570 fg.

Schmid lehrt aber a. a. O.: „Bethmann's Auslegung verdient keine Anerkennung, denn die Worte „quamvis non sit judicium“ deuten nicht auf Nullität des Verfahrens hin, sondern sagen nur, wenn man sie mit den

den vorhergehenden Worten „sed tu videris eo moveri, quod non est familiae erciscundae, nisi inter coheredes acceptum“ verbindet, daß materiell wirklich kein Erbtheilungsstreit vorliege. Wenn es auch richtig ist, daß die condictio indebiti in den Fällen, in welchen der Grundsatz „lis inficiando crescit in duplum“ gilt, ausgeschlossen ist, und daß dieser Grundsatz nach vorjustinianischem Recht bei der actio judicati Anwendung gefunden hat, so ist dadurch noch nicht erwiesen, daß in dem citirten Gesetz nur aus diesem Grunde, und nicht wegen der auctoritas rei judicatae, die repetitio ausgeschlossen sei ꝛc. ꝛc.“

Es wären somit die Stellen widerlegt, woraus v. Linde die Nichtigkeit wegen materiellen Mangels der Sachlegitimation ableitet, und es erübrigt nur noch, die bisher noch nicht versuchte Prüfung der neuern Doktrinen von Martin, Sintenis, Brackenhoeft, v. Bayer und v. Seuffert vorzunehmen.

ad B. Die Mittelmeinung von Sintenis (s. Abth. I. nr. 1, V.) ist unbedingt zu verwerfen, denn sie stützt sich bloß auf allgemeine, nicht auf positive Gründe, eine Nullität wegen materiell fehlender Sachlegitimation und folglich eine amtliche Berücksichtigung ihres Daseins kann aber bloß durch gesetzliche Vorschrift gerechtfertigt werden. Da nun Sintenis selbst die von Linde für die Nichtigkeit ob defectum legitimat. ad causam beigebrachten Gesetzesstellen verwirft, und die Frage, ob wegen dieses Mangels Nichtigkeit eintrete, verneint (S. oben Note 3), so ist es inconsequent, wenn er in einzelnen Fällen doch eine Nichtigkeit annimmt, ohne hiefür absolut zwingende Gründe beibringen zu können. Sintenis bemerkt zwar, die Rechtskraft könne darum nicht, wie sonst, zwischen den Parteien, welche jetzt gestritten haben, neues Recht herstellen, weil in den 3 ersten Fällen (S. 578 lit. a—c.) die Existenz eines solchen Rechts von Eigenschaften abhänge, die immer noch nicht vorhanden seien, und die auch dadurch, daß sie das Erkenntniß voraussetzt, keineswegs ersetzt werden. Wer z. B. nicht Mitglied einer Gemeinde sei, werde es auch durch das Erkenntniß nicht,

welches ihn als solches verurtheilt. Wer nicht Eigenthümer eines Grundstücks sei, woran eine Dienstbarkeit in Anspruch genommen ist, werde es auch durch ein diese anerkennendes Urtheil nicht.

Allein so richtig an und für sich betrachtet diese Obersätze auch sind, so unrichtig ist doch der hieraus gezogene Schluß über den Eintritt der Nichtigkeit. Wer z. B. nicht Eigenthümer eines Grundstücks ist und die confessoria anstellt, wird es freilich durch ein die Servitut und sein Eigenthum anerkennendes Urtheil auch nicht. Allein daraus folgt doch nicht, daß der Gegner die Nichtigkeitsklage anstellen kann, wenn er zu beweisen im Stande ist, daß sein Gegner gar nicht Eigenthümer ist. Vielmehr bleibt das Urtheil im Servitutsprozeß unter den streitenden Theilen solange bei Kräften, bis ein Dritter auftritt, der ein besseres Recht am fundus für sich hat und diesen dem Besitzer entreißt. Nur durch die Klage des besserberechtigten Dritten, des wahren Eigenthümers, kann also das fragliche Urtheil seine Kraft verlieren, nicht aber durch die Nullitätsquerel der Partei selbst.

Mit Recht sagt daher Brackenhoeft a. a. O. Note 20: „Außer Sintenis a. a. O. S. 547 fg. wird wohl Niemand behaupten wollen, daß der Richter dann von Amtswegen für die Sachlegitimation sorgen solle, wenn sie von einer Eigenschaft abhängt, welche einen öffentlichen Charakter an sich trägt &c. &c." —

Wir kommen dann zur Gruppe derjenigen Schriftsteller, welche wegen formellen Mangels der Sachlegitimation Nichtigkeit statuiren.

Besprechen wir zuerst Martin's Ansicht, die eine Uebergangsmeinung zur Theorie Bethman's, Schmid's &c. bildet. Martin (S. Abth. I. a. E. sub nr. 5) nimmt Nichtigkeit wegen formell fehlender Sachlegitimation an, aber bloß durante lite, d. h. bloß ante, nicht aber post rem judicatam.

Martin bemerkt nemlich in der neuesten Ausgabe (v. 1855) Bd. I. S. 245 bei Motivirung der obigen Sätze:

„Selbst wenn bereits ein Zwischenerkenntniß auf Führung

des erforderlichen Beweises ergangen und rechtskräftig geworden wäre, so kann das weder die Partei noch das Gericht abhalten, den etwa vorhandenen Mangel der Sachlegitimation noch jetzt bei Fortsetzung des Rechtsstreits zu rügen. Denn wäre das fragliche Beweisinterlokut allgemein auf den erforderlichen Beweis gerichtet, so müßte nach richtiger Interpretation hierunter auch die fehlende Sachlegitimation verstanden werden; wäre aber im Beweisinterlokut ein spezielles Beweisthema festgesetzt, welches sich auf die fehlende Sachlegitimation nicht erstreckte, so würde dieß ein ungenügendes, die Sache nicht erschöpfendes Beweisthema enthalten, welches darum als irrelevant zu betrachten wäre und deßhalb zu jeder späteren Zeit, namentlich bei Fällung des Endurtheils als mangelhaft verworfen werden könnte, so lange das fehlende noch nicht nachgeholt worden wäre."

Daß nun diese Theorie erhaltbar sei, bedarf kaum eines Nachweises, denn sie beruht auf der längst als irrig erkannten Ansicht (v. Bayer 8. Aufl. S. 752 fg.), daß ein irrelevantes Beweisinterlokut der Rechtskraft unfähig sei. Wenn aber Martin S. 24 bemerkt: Gensler und Bethmann-Hollweg (Versuche S. 96) hätten mit Recht gezeigt, daß nach richtigen Grundsätzen ein Unterschied in Ansehung der Folgen der fehlenden Sachlegitimation (zwischen den streitenden Parteien unter sich) nach den 2 Perioden des Rechtsstreits zu machen sei, nemlich der Verhandlung ante und post rem judicatam, — so versirt er in großem Irrthum, denn weder Gensler, noch Bethmann haben dieses gelehrt, vielmehr nehmen diese absolute Nullität an, wenn die Sachlegitimation formell und materiell fehlt, unterscheiden also nicht zwischen den Perioden vor und nach dem Endurtheil. Martin hat folglich Unrecht, wenn er seine Ansicht, mit der er meines Wissens allein dasteht, die Theorie Bethmann's und Gensler's nennt.

Viel consequenter ist daher Bethmann's, Schmid's und v. Bayer's Ansicht (S. Abth. I. a. E. nr. 2—4 und nr. II. und III), welche wegen formellen Mangels der Sachlegiti-

mation absolute Richtigkeit statuiren, die nicht bloß ante, sondern auch post rem judicatam urgirt werden kann. Indessen kann ich auch dieser Theorie nicht beipflichten, und berufe ich mich dagegen einmal: 1) Auf dasjenige, was bereits v. Linde gegen Bethmann gesagt hat. v. Linde lehrt nämlich S. 299: „Weder im Röm., noch im Kanon. Recht, noch in den Deutschen Reichsgesetzen ist vorgeschrieben, daß in den Fällen, worin die Rechtsbeständigkeit des Urtheils wesentlich durch das wirkliche Vorhandensein der Sachlegitimation bedingt ist, diese auch nothwendig bei der prozessualischen Verhandlung über die Hauptsache zur Sprache kommen, und der Richter sich ausdrücklich darüber aussprechen solle. Auch liegt es in der Natur der Sache, und entspricht den allgemeinen Grundsätzen über den Umfang und Inhalt der Parteihandlungen, daß in jedem Fall, der sich dazu eignet, daß die Geltendmachung des Rechts die Nachweisung der Legitimation voraussetzte, die Parteien davon abstrahiren und diese Nachweisung als geschehen stillschweigend annehmen können, weil sie z. B. voraussetzen, daß der Beweis ohne Anstand erbracht werden könnte, und deßhalb Zeit und Kosten nicht vergeblich anwenden wollen, und daß deßhalb auch der Richter (wenn gleich er so berechtigt als verpflichtet ist, amtlich dafür zu wachen, daß keine Nullitäten vorfallen), in gleicher Ueberzeugung über jenen Legitimationspunkt hinausgehen darf."

Ferner lehrt v. Linde S. 305 fg.: „Es gibt kein Gesetz, welches gebietet, den Legitimationspunkt anzuführen, und deßhalb gehört das Anführen desselben auch nicht zur förmlichen Giltigkeit des Prozesses. Wird er angeführt, oder bringt ihn der Gegner oder Richter zur Sprache, so ist darüber freilich, wie über jede andere Thatsache des Klagegrundes zu verhandeln. Wird er aber nicht zur Sprache gebracht, weil man ihn entweder als erledigt stillschweigend betrachtet, oder weil Richter und Parteien die Sache zu einer Entscheidung geeignet finden, ohne in dem Legitimationspunkt ein zu berücksichtigendes Verhältniß zu gewahren, so treten die nämlichen Folgen ein, welche bei dem Ueber-

gehen jeder andern Thatsache, welche, wenn sie angeführt worden wäre, auf die Entscheidung hätte einwirken können, eintreten. Der Umstand, daß in dem ganzen Prozeß der Legitimationspunkt gar nicht vorgekommen ist, oder daß der Richter, obleich der Beklagte den Legitimationspunkt nicht ausdrücklich zugestanden, darüber keinen Beweis gefodert, und dennoch im Endurtheil so erkannt hatte, als wäre die Legitimation berichtigt, scheint mir kein so wesentlicher Fehler der Form zu sein, daß nun der ganze Prozeß und das Urtheil nichtig sein müsse." — Soweit v. Linde.

2) Die wegen formellen Mangels der Sachlegitimation entstehende Nichtigkeit könnte nur ob defectum in substanzialibus processus, d. h. wegen Verletzung der naturnothwendigen Formen des Prozesses eintreten, ohne deren Beobachtung der Zweck des gerichtlichen Verfahrens schon der Natur der Sache nach nicht erreicht werden kann. S. oben Note 3 und Abth. II. ad A.

Da aber der J. R. A. keinen Aufschluß über die Frage gibt, welche Formen zu den allgemein wesentlichen gehören, so sind die älteren Praktiker hierüber zu consultiren. Diese zählen hieher die Petitio, die Citatio und die Probatio. Es frägt sich nun, welches von diesen 3 Substanzialien ist hier verletzt?

Formeller Mangel der Sachlegitimation entsteht nach Bethmann wegen Uebergehung des Legitimationspunkts in der Klageschrift, oder im Beweisinterlokut, nach v. Bayer bloß wegen des erstern, nach Brackenhoeft bloß wegen des letztern Gebrechens.

Allein was zunächst:

a. Die Uebergehung des Legitimationspunkts in der Klageschrift oder den Mangel der Klagssubstanzirung anbelangt, so kann derselbe nach meinem Dafürhalten nicht als Defectus in substanzialibus processus betrachtet werden. Zwar fehlt es hier an der Petitio, und hätte die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden sollen. Allein Nullität tritt wegen Mangels in der Petitio nach der

Lehre der ältern Praktiker nur dann ein, wenn der Richter verurtheilte, ohne daß eine Klage stattfand. Wenn aber der Richter eine unsubstanzirte Klage, in welcher z. B. kein factum legitimans angeführt ist, ad excipiendum hinausgegeben, und der Beklagte die Vorschützung der exceptio libelli inepti übersehen hatte, so ist, wenn das erste Urtheil die Klage nicht nachträglich zurückwies und der Beklagte nicht dagegen appellirte, dem Kläger die Anführung und der Beweis einer ad materiala causae gehörigen Thatsache — des Legitimationspunktes — nachgelassen, man kann also nicht sagen, daß das Urtheil auf unvollständig her- und festgestellten Thatbestand gebaut worden, und also ein natürlich wesentlicher Bestandtheil fehle, eine naturnothwendige Form verletzt worden sei. Mit Recht lehrt Linde gegen Bethmann, (s. oben S. 31):

„Es gibt kein Gesetz, welches gebietet, den Legitimationspunkt anzuführen, und deßhalb gehört auch das Anführen desselben nicht zur förmlichen Giltigkeit des Prozesses."

Und Bethmann selbst bemerkt (freilich in Widerspruch mit seiner eigenen Theorie):

„In Fällen, wo der Legitimationspunkt schon an sich klar ist, wird deßhalb häufig ganz darüber hinausgegangen; der Beklagte denkt nicht daran, ihn zu bestreiten, der Richter nicht, Beweis darüber zu fordern, weil sie ihn für berichtigt tacite annehmen, wo dann ohnedieß das Verfahren unangefochten und giltig bleibt."

Ich kann daher der Ansicht Bethmann's und Bayer's nicht beipflichten, welche Nichtigkeit wegen Uebergehung des Legitimationspunkts in der Klageschrift annehmen. Was sodann:

b. Die Uebergehung des (in der Klage angeführten) Legitimationspunkts im Beweisinterlokut betrifft, so kann dieselbe ebensowenig als defectus in substanzialibus betrachtet werden, als die Uebergehung im Klaglibell. Ich glaube daher, daß auch Bethmann und Bracken=

hoeft irren, wenn sie wegen Nichtbeachtung der exc. def. legit. ad causam Nullität eintreten lassen.

Brackenhoeft sieht den Grund der Nichtigkeit in der Verweigerung des rechtlichen Gehörs; allein der Beklagte wurde ja über die Klage gehört, er wurde ad excip. aufgefordert, und hat auch wirklich excipirt, und nur seine exceptio def. legit. ist unbeachtet geblieben, d. h. sie wurde nicht zum Beweis ausgesetzt, — es fehlt also nicht an der Citatio, sondern bloß an der Beweisauflage. Fodert man indessen mit Brackenhoeft (Erörterungen S. 77) zum Gehör, daß das Gehörte auch bei der Beurtheilung berücksichtigt werde, so steht nichts im Wege, die Uebergehung der exc. def. legit. auf den Mangel des Gehörs zurückzuführen, resp. darunter zu subsummiren. Nur darf daraus keine Nullität abgeleitet werden, denn dann würde das Gebiet der Nichtigkeiten jene mißbräuchliche und maaßlose Ausdehnung erhalten, welche ihm die Praxis vor dem J. R. A. gegeben hatte. Es müßte dann wegen Ignorirung aller übrigen Negationen, sowie der wahren Einreden mit demselben Recht eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs und also eine Nullität angenommen werden, wie wegen Nichtbeachtung der s. g. exceptio def. legit. ad causam. Hiedurch würde man aber mit der Lehre von der rechtlichen Natur des Beweisinterlokuts (v. Bayer S. 742 fg.) in Conflikt gerathen. (Ich setze nämlich voraus, daß ein Beweisinterlokut über den widersprochenen Klagegrund oder die dagegen opponirten Einreden gefällt, der Legitimationspunkt jedoch in demselben übersehen wurde. S. oben lit. b. a. A.) Das Beweisinterlokut ist nämlich der richtigern Ansicht nach der Rechtskraft fähig, woraus folgt, daß die Parteien an die Bestimmungen desselben sowohl über die Beweislast, als über den Beweissatz gebunden sind, und daß der Richter von den Festsetzungen desselben nicht mehr abweichen kann, gleichviel, ob der Beweissatz relevant oder irrelevant, überladen oder unvollständig war.

v. Bayer S. 752.

Also auch dann, wenn das Beweisurtheil unvollständig war, wenn also z. B. der Legitimationspunkt darin nicht ausgesetzt wurde, ist es doch unabänderlich, wenn einmal das Appellationsfatale verstrichen ist. Freilich wird hierüber unter den Rechtslehrern gestritten; aber gerade weil gestritten wird, kann von Annahme einer Nichtigkeit keine Rede sein. Denn wäre das unvollständige Beweisinterlokut nichtig, resp. von den Rechtslehrern als nichtig angesehen, so könnte unter ihnen keine Controverse über seine Fähigkeit zur Rechtskraft bestehen! Es müsste dann cassirt werden, ex officio sowohl als auf Instanz der Parteien, durante lite sowohl als post rem judicatam.

Die Uebergehung des Legitimationspunkts im Beweisurtheil kann also keine Nichtigkeit zur Folge haben. Wenn aber:

c. Gar kein Beweisinterlokut erfolgte, obgleich der Klagegrund nicht seinem ganzen Inhalt nach zugestanden wurde, dann tritt Nichtigkeit ein, denn dann fehlt es an der Probatio und also an den natürlichen Essentialien.

Z. B. A klagt die Forderung des B als Cessionar ein, der Beklagte gibt sie zu, leugnet aber das factum cessionis, und der Richter, anstatt dem Kläger den Beweis hierüber aufzulegen, verurtheilt sofort den Beklagten. Hier ist Urtheil und Verfahren unheilbar nichtig. Allein der Grund der Nichtigkeit liegt nicht im formellen Mangel der Sachlegitimation als solchem, sondern in dem Umstand, daß hier überhaupt kein Beweis aufgelegt, sondern sofort definitiv gesprochen wurde, obgleich der Beklagte einen Theil des Klagfundaments widersprochen hatte und daher nach prozessualischen Grundsätzen auf Beweis zu erkennen war. Die Uebergehung des Legitimationspunktes ist daher bloß die zufällige Ursache der Nichtigkeit für den concreten Fall, der wahre Grund derselben liegt in der Nichterlassung eines Beweisinterlokuts, das hier als Substanziale des Prozesses erscheint! —

Da ich sonach die Theorieen von Sintenis, Martin, Bethmann-Hollweg und Brackenhoeft widerlegt zu haben glaube, so schließe ich mich — in der Hauptsache wenigstens — Plank's und v. Seuffert's Ansicht an. Darnach erzeugt aber weder der formelle, noch materielle Mangel der Sachlegitimation eine Nichtigkeit des Verfahrens. Jedoch kann — wie wir in der folgenden Abtheilung III. hören werden — beim formellen Mangel der Sachlegitimation Nullität entstehen, wenn Kläger es zweifelhaft gelassen, ob er proprio oder alieno nomine auftrete; die Nullität tritt aber dann nicht wegen fehlender Sach-, sondern wegen mangelnder Prozeß-Legitimation ein.

(Fortsetzung folgt.)

III.

Ueber die Rechtsparoemie: Kauf bricht Miethe.

Von

Herrn Gerichtsassessor Albert Traeger
zu Naumburg a. d. S.

I. Römisches Recht.

Allgemeine Gesichtspunkte.

Freiheit des Eigenthumes und folgerichtig möglichst geringe Beschränkung des Eigenthümers war eine der Haupttheorieen des Römischen Rechtes, die das ältere mit unerbittlicher und oft verletzend in die Bedürfnisse des praktischen Verkehrs einschneidender Consequenz handhabte. Daraus resultirt die streng abgeschlossene und äußerst geringe Anzahl der dinglichen Rechte, die außerhalb des Eigenthümers an fremdem Eigenthume möglich sind. Zu einer Erweiterung ihres Kreises ist auch das spätere Recht nicht gelangt, welches nur allmälig die Constituirung der vorhandenen dinglichen Rechte erleichterte und dadurch ihre Erkennbarkeit erschwerte, so aber, unter fortwährender äußerlicher Festhaltung des ursprünglichen Theoremes die Sicherheit des Eigenthumes mehr benachtheiligte und eine größere Verwirrung in die Verkehrsver-

hältnisse brachte, als eine Modification des Principes selbst jemals würde gethan haben. Jene Isolirung des Eigenthumes nun mußte selbstredend auf die meisten der übrigen Rechtsgebiete einen wesentlich bedingenden und bestimmenden Einfluß üben, da das Eigenthum sowol als Ausgangs= wie als Endpunkt der verschiedenartigsten Rechte in Betracht kommt und von seiner Stellung hauptsächlich der ganze Character eines Rechtssystemes nach der vermögensrechtlichen Seite hin abhängt. Nur zwei Rechtsverhältnisse seien hier genannt, da sie einzig interessiren, auch gerade diejenigen sind, die in der engsten Beziehung zum Eigenthume stehen, in die innigste Berührung mit ihm kommen, am nächsten daran streifen und am schroffsten mit ihm collidiren: der Besitz und die Obligation. Auf diesen Gebieten macht sich denn nun auch die Römische Anschauungs- und Behandlungsweise des Eigenthumes bei jedem Schritte fühlbar, durch dieselbe haben diese Gebiete ihr festes Terrain und ihre strenge Begränzung erhalten. Was zunächst den Besitz anlangt, so sind sein Begriff wie seine Voraussetzungen und Wirkungen im Römischen Rechte durch die Eigenthumstheorie gegeben und bestimmt. In der äußeren Erscheinung ist der Besitz vom Eigenthum fast ununterscheidbar, da er als die Ausübung desselben, gleichgiltig ob rechtmäßige, oder unrechtmäßige, uns entgegentritt. Von dem blos factischen Zustande der Detention ausgehend ist bei der Entwicklung der rechtlichen Verhältnisse der Besitz die unmittelbare Stufe vor dem Eigenthume selbst. Er ist die Herrschaft der Person über die Sache nach der Seite des subjectiven, dieses nach der des objectiven Willens (des Gesetzes) hin. Das Eigenthum trägt seinen rechtlichen Character in sich selbst, es ist ein Recht, erworben und ausgeübt unter den Bedingungen des allgemeinen Willens, des Gesetzes, und durch dieses geschützt, der Besitz ist an und für sich ein Factum, emporgehoben aber zu rechtlicher Natur und Wirkung durch den es umfassenden und durchdringenden persönlichen Willen des Besitzers (animus possidendi). Dieser Wille muß nun nach Römischer Bestimmung darauf gerichtet sein, Eigenthum auszu-

üben, und dies für den Wollenden selbst, er muß ein animus domini sein. Wie also das Römische Recht die Ausschließlichkeit und Unbeschränktheit des Eigenthumes durchzusetzen sich bemüht, so verfährt es auf gleiche Weise beim Besitze. Verschiedene Besitzrechte auf eine und dieselbe Sache, oder Zersplitterung des Besitzrechtes in einzelne, mit gleicher In- und Extensivität neben einander bestehende Theile sind ihm unmöglich wie unstatthaft; es kennt nur einen Besitzer, den mit dem animus domini. Lediglich dem unabweisbaren practischen Bedürfnisse nachgebend sind einige Ausnahmen zugelassen, die aber, wie die dinglichen Rechte außerhalb des Eigenthumes, der Zahl nach unvermehrbar feststehen: die Fälle des sogenannten abgeleiteten Besitzes. Dabei ist dem Rechtsprincipe die äußere Erscheinung geopfert. So haben der Pächter und Miether, die sich in augenfälliger und ausgedehnter factischer Herrschaft über die Sache befinden, jedoch ohne den animus domini, keinen Besitz, dieser ist vielmehr bei dem eigentlichen Besitzer verblieben, für den er durch jene ausgeübt wird [1]). Mit scharfsinniger Spitzfindigkeit nennen die Römischen Juristen diesen Zustand possessio vacua, weil derjenige, der den Besitz hat, ihn nicht ausübt, und der ihn Ausübende dies nicht für sich thut, die Stelle des eigentlichen Besitzers sonach gleichsam unausgefüllt bleibt [2]). Pächter und Miether sind bloße Detentoren und stehen als solche zu der Sache, welche sie inne haben, in einem lediglich factischen, keineswegs rechtlichen Verhältnisse.

Noch umfassender und wirksamer aber macht der Einfluß der Römischen Eigenthumstheorie auf dem Gebiete der Obligation sich geltend. Beide Begriffe: Eigenthum und Obligation sind, wie die aus denselben entspringenden Rechtsverhältnisse, stets mit rücksichtsloser Consequenz streng auseinander gehalten und mit

---

[1]) L. 6. §. 2. D. de precario, l. 3. §. 12 und l. 25. §. 1. D. de possess. l. 1. §. 22. D. de vi. l. 60. §. 1. D. loc. §. 5. J. de interdictis.

[2]) L. 18. pr. D. de vi.

ängstlicher Sorgfalt alle gemischten Verhältnisse vermieden. Durch jene Absperrung des Eigenthumes, durch jene Scheu, Anderen neben dem Eigenthümer ein selbstständiges dingliches Recht auf dieselbe Sache einzuräumen, ist auch der Begriff und das Wesen der Obligation in größerer Reinheit und Selbstständigkeit erhalten und durch die Begränzung der dinglichen Rechte der Kreis der persönlichen weiter und vielseitiger geworden. Unvermeidlich blieb aber auch hierbei, daß die äußeren Verhältnisse häufig im Widerstreite mit dem Principe befangen erscheinen mußten. Rechte, wie die des Pächters und Miethers, die dem Berechtigten einen unmittelbaren ausgedehnten Einfluß auf die Sache verleihen und diese nach außen hin in einem erkennbaren thatsächlichen Abhängigkeits- und Unterwürfigkeits-Verhältnisse zu dem Berechtigten darstellen, waren und blieben streng persönliche Rechte, deren Object nicht, wie es den Anschein gewinnen muß, die Sache selbst war, sondern einzig deren Eigenthümer. Gegen diesen hatte der Berechtigte die Forderung, ihm die vertragsmäßig eingeräumte Innehabung um Benutzung der Sache zu gewähren, gegen diesen allein konnte diese Forderung realisirt werden, während die Sache selbst gänzlich außerhalb des obligatorischen Nexus war und blieb.

§. 2.

Deutung der Paroemie.

Diese allgemeinen Gesichtspunkte sind festzuhalten bei der Untersuchung darüber, ob die Paroemie „Kauf bricht Miethe" für das Römische Recht eine abstracte allgemeine Wahrheit enthält. Schon nach dem bisher Entwickelten läßt sich darthun, daß der Satz juristisch unrichtig ausgedrückt und factisch zu eng gefaßt ist. Unjuristisch ausgedrückt ist er, weil durch den Wortlaut zwei Meinungen hervorgerufen werden könnten, die als entschieden irrig zurückgewiesen werden müssen. Einmal die, als ob durch das Zustandekommen eines Kaufvertrages allein schon ein

bestehendes Pacht- oder Miethsverhältniß aufgelöst werde [3]). Dies ist nicht der Fall, denn durch den Vertragsabschluß an und für sich erhält der Käufer zunächst weiter nichts, als einen persönlichen Anspruch gegen den Verkäufer auf Herausgabe und Ueberlieferung der erkauften Sache, der mit der actio emti, einer rein persönlichen, lediglich gegen den Mitcontrahenten zu richtenden, Klage verfolgt wird. Dieses sein nächstes Recht ist also an sich auch nur ein rein persönliches, welches bei einer Collision mit dem gleich starken Rechte des Pächters oder Miethers diesem letzteren wegen dessen Priorität würde nachstehen müssen. Daß das Recht des Pächters und Miethers nur auf Benutzung und Gebrauch der Sache gerichtet, während das des Käufers diese in ihrer Substanz erfaßt, bleibt einflußlos, da nicht der Inhalt, sondern die Qualität des Rechtes in solchem Falle entscheidet.

Ferner könnte das Sprichwort aber auch noch die Ansicht erwecken, als stehe es in der Macht des Verpächters, oder Vermiethers, durch Veräußerung der Sache das bestehende Verhältniß aufzuheben. Auch dem ist aber nicht so, da nach bekannten Rechtsgrundsätzen Niemand einseitig sich befreien und durch die Willkür eines Contrahenten ein Contract nicht aufgelöst werden kann. So darf daher die Paroemie nicht gedeutet werden. Um sie nun richtig zu verstehen, ist vor allen Dingen zu erwägen, daß sie von keinem Juristen oder Gesetzbuche ausgesprochen worden, daß sie vielmehr im Volke entstanden, welches sie aus der unmittelbaren Anschauung häufiger in die Augen springender Vorkommnisse sich abstrahirt hat. In echt volkssprichwörtlicher Weise drückt sie die allgemeine Regel durch den am häufigsten sich ereig-

---

3) Diese Meinung ist wirklich von älteren Theoretikern wie Praktikern aufgestellt und mit Rücksicht darauf auch wieder umgekehrt behauptet worden, daß Eigenthum durch den bloßen Abschluß des Kaufvertrages erworben werde. Vgl. u. a. Ayrer de genere action. adv. conductorem emtori cedere nolentem instit. in opuscul. tom. 1. p. 241. und Albrecht Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle. Bd. 3. p. 35.

nenden Fall aus und bedient sich in drastischer Kürze der Bezeichnung der Ursache für die der Wirkung. Zweck und Ziel des Kaufvertrages ist die Uebertragung des Eigenthums der verkauften Sache auf den Käufer, er bringt also in seinem Endresultate einen Wechsel in der Person des Eigenthümers hervor, oder, um dies juristisch auszudrücken, er vermittelt die Singularsuccession in das Eigenthum an einer Sache. Hat in unserem Falle eine solche wirklich statrgehabt, hat eine verpachtete oder vermiethete Sache den Eigenthümer gewechselt, dann wird allerdings des Erwerbers dingliches Recht, als das stärkere, dem schwächeren persönlichen des Pächters oder Miethers vorgehen, und der neue Eigenthümer, der als Singularsuccessor nicht in die obligatorische Verbindlichkeit seines Vorgängers eintritt, wird durch den, nur diesem letzteren gegenüber berechtigten, Pächter oder Miether in der Ausübung seiner Befugnisse nicht gehindert, oder beschränkt werden können. Es läßt sich daher aus der Paroemie der Rechtssatz abstrahiren, daß der Singularsuccessor in das dingliche Recht des Verpächters oder Vermiethers dem Pächter oder Miether gegenüber keine Verbindlichkeiten überkommt. Eine derartige Singularsuccession aber, wie sie hier in Frage steht, wird nicht nur durch Kauf, sondern durch jede andere Veräußerung des Eigenthumes von Seiten des Verpächters oder Vermiethers, wie durch Schenkung, Vermächtniß u. s. w. bewirkt, und dieselbe, auf ganz gleiche Weise zu entscheidende, Collisionsfrage entsteht auch durch Constituirung eines anderweitigen, mit dem Gebrauchs- und Nutzungsrechte des Pächters oder Miethers unvereinbaren dinglichen Rechtes an der verpachteten oder vermietheten Sache, wie z. B. Begebung derselben in Nießbrauch. Aus alledem erhellt, weßhalb die Paroemie der Vorwurf trifft, daß sie factisch zu eng gefaßt sei. Um vorläufig bei dem Verhältnisse zwischen dem neuen Eigenthümer und dem Pächter oder Miether stehen zu bleiben, so herrscht darüber kein Zweifel, daß letzterer jenem nachstehen muß, wie ja in jedem Collisionsfalle eines dinglichen und persönlichen Rechtes das dingliche als das stärkere siegt. In

Fällen, wo das Eigenthum unmittelbar auf den neuen Eigenthümer übergeht, kann kein Bedenken entstehen, es wird also der Legatar das ihm legirte Grundstück, die ihm vermachte Sache ohne weiteres von dem Pächter oder Miether vindiciren können *). Etwas anders liegt die Sache da, wo es zum Uebergange des Eigenthumes auf den neuen Eigenthümer der Tradition von Seiten des früheren bedarf, also bei Geschäften, als deren Typus im Anschlusse an die Paroemie der Kauf betrachtet werden mag. Es kann hiebei nämlich der nicht unberegt gebliebene Zweifel entstehen, ob nicht die Verpachtung oder Vermiethung einer Sache der Uebertragung des Eigenthumes an derselben als rechtliches oder factisches Hinderniß in den Weg trete.

§. 3.

Uebergabe einer verpachteten oder vermietheten Sache.

Um sich in dieser Hinsicht in die allerdings künstliche und den thatsächlichen Verhältnissen zuwiderlaufende Anschauungsweise der Römischen Juristen hineinzuversetzen, muß man das Eigenthums- und Besitzrecht an der verpachteten oder vermietheten Sache und das bezüglich derselben geschlossene obligatorische Verhältniß ganz abgesondert denken und betrachten. Vor allem ist festzuhalten, daß der Pächter oder Miether nicht Besitzer ist. Ein auf die Sache selbst und unmittelbar sich erstreckendes Recht hat er gar nicht. Dieselbe wird nur von der Ausübung seines Rechtes

*) Dem Principe nach, in der practischen Ausführung ist die Sache allerdings nicht so einfach, da im Falle der Vindication der Pächter oder Miether, als bloßer Detentor, den Legatar an seinen Auctor, den Erben, verweisen müßte. Nur wenn der Pächter den mit Bewilligung des Erben Besitz ergreifenden Legatar daran hindert, dadurch aber einen selbstständigen Besitz sich anmaßt, hat der Legatar die Vindication aus eigenem Rechte, ohne der Hilfe des Erben zu bedürfen.

ergriffen, verfolgen aber kann er dieses Recht nicht gegen die Sache, sondern nur wider seinen Mitcontrahenten, und zwar ohne Rücksicht auf dessen Eigenthum an der Sache [5]). Trotz der Verpachtung oder Vermiethung bleibt daher bei dem Verpächter oder Vermiether das unbeschränkte Eigenthums- und Besitzrecht, dessen er sich also auch durch Uebertragung auf einen Anderen begeben kann. Da nun aber eben dieses Recht völlig uneingeschränkt bei ihm vorhanden, und die Sache von dem obligatorischen Nexus keineswegs mit ergriffen, vielmehr lediglich seine Person verpflichtet ist, so folgt daraus nach rechtlicher Logik, daß er auch auf seinen Nachfolger das volle, von dem Pächter oder Miether unantastbare Eigenthums- und Besitzrecht zu übertragen im Stande ist. Denn dieser Successor tritt nur in die Rechtssphäre der Sache ein, bleibt daher selbstredend den Verbindlichkeiten der Person fern. Hiernach ersieht sich, wie aus der, von Vertheidigern der gegentheiligen Ansicht vielfach auf dies Verhältniß angewandten lex 54 D. de reg. jur. „Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet," kein Zweifelsgrund gegen unser Beweisthema entnommen werden kann. Die rechtliche Möglichkeit der Veräußerung einer verpachteten oder vermietheten Sache, d. h. also das Recht des Verpächters oder Vermiethers zu veräußern, wäre sonach dargestellt. Weiter frägt sich nun, ob nicht die Ausführung eines derartigen Geschäftes durch das bestehende Pacht- oder Miethsverhältniß rechtlich oder factisch vereitelt werde. Um beim Kaufe stehen zu bleiben, so erlangt der Käufer das Eigenthum erst durch die Uebergabe, es muß also die erkaufte Sache ihm tradirt werden. Ist dies nun wider den Willen des Pächters und Miethers, oder mit Umgehung desselben möglich [6])? Der natürlichen

---

[5]) Eine Consequenz daraus ist, daß mit rechtlicher Wirkung, wissentlich oder unwissentlich, fremde Sachen verpachtet und vermiethet werden können. L. 9. pr. und l. 15. §. 8. D. loc. auch l. 137. §. 4. i. f. D. de V. O.

[6]) Wo die Tradition durch ihn selbst vermittelt wird, etwa in der Art, daß er künftig für den Käufer detiniren zu wollen erklärt, ist selbstverständlich die Sache ganz klar.

Anschauung erscheint bei einer derartigen Eigenthumsübertragung der Pächter oder Miether als ein gar nicht zu beseitigendes Hinderniß, die Römische Besitztheorie dagegen räumt ihn mit allergrößter Leichtigkeit aus dem Wege. Das Coincidiren zweier Momente vollendet die Besitzerwerbung: wenn animus und corpus sich decken, ist der Besitz erworben, wie er auch umgekehrt durch das Aufhören beider verloren geht. Bezüglich des animus waltet hier überall kein Bedenken ob: der frühere Eigenthümer gibt ihn freiwillig auf, bei dem neuen ist er vorhanden, und dabei kommen Pächter und Miether gar nicht in Betracht. Wie verhält es sich nun aber mit dem corpus, d. h. mit der Apprehension der Sache selbst? Auch diese Frage bietet keine erheblichen Schwierigkeiten. Zur Ergreifung des Besitzes an unbeweglichen wie beweglichen Sachen genügt dem Römischen Rechte in den meisten Fällen schon die Anwesenheit in der Nähe der Sache ohne Betretung oder Ergreifung derselben. „Non est enim corpore et tactu (actu) necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu;“ lehrt l. 1. §. 21. D. de poss.

Dieser Grundsatz wird auch in verschiedenen Stellen an verschiedenen Beispielen erläutert, von denen hier nur das der l. 18. §. 2. D. l. c. als unserm Zwecke vorzüglich entsprechend angeführt sei: „Si vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre demonstret, vacuamque se tradere possessionem dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.“ Erwägt man außerdem, daß die Besitzergreifung des Ganzen auch die der einzelnen Theile involvirt, daß es also nicht nöthig ist, den Besitz jedes einzelnen Stockwerkes, jedes einzelnen Zimmers in einem Hause besonders zu ergreifen, so erleuchtet daraus, wie namentlich bei Grundstücken die Uebergabe in den allermeisten Fällen ohne Schwierigkeit wird vollzogen werden können, und das Besitzrecht des Verpächters oder Vermiethers unmittelbar und ungehindert auf den Käufer übergeht. Welcher-

gestalt dieser dasselbe alsdann gegen den Pächter oder Miether durchsetzt, ist eine später zu entscheidende Frage. Die Aufgabe, die Veräußerung des Besitzes seitens des Verpächters oder Vermiethers ist eine Besitzhandlung desselben, die den Pächter oder Miether zunächst gar nicht interessirt, die er aber auch dulden muß und also nicht hemmen darf, alles aus dem Grunde, weil dabei über ein Recht verfügt wird, auf das er auch nicht den geringsten Anspruch hat. Seine Anwesenheit auf dem Grundstücke ist in Bezug hierauf eine factische Zufälligkeit, keine rechtliche Nothwendigkeit. Das obligatorische Verhältniß, in welchem er zu dem Verpächter oder Vermiether steht, muß man, wie gar nicht oft genug zu erinnern ist, bei Entscheidung dieser Frage, als gänzlich außerhalb ihres Bereiches liegend, unberücksichtigt lassen. Der Eigenthümer und Besitzer des Grundstückes und der Verpächter oder Vermiether desselben sind insofern zwei verschiedene Personen, als die Verbindlichkeiten des letzteren das Recht des ersteren nicht zu beschränken vermögen. Gleich wenig kann der Umstand, daß das corpus des Besitzes, die physische Herrschaft über die Sache, für den Eigenthümer durch den Pächter oder Miether ausgeübt wird, daß jener durch diesen besitzt, hierbei ein Bedenken erregen. Das Besitzrecht des Eigenthümers wird auch dadurch nicht beschränkt, er kann, wie den animus, so auch das corpus aufgeben, ohne dabei in der Person des Pächters oder Miethers, der bisher das zufällige Werkzeug seines Besitzrechtes war, auf ein Hemmniß zu stoßen. Daraus folgert sich nun weiter, daß auch trotz des Pächters oder Miethers durch inductio in fundum, durch körperliche immissio in possessionem das verpachtete oder vermiethete Grundstück dem Käufer übergeben werden kann. Ertheilt der Eigenthümer demselben Auftrag, an dem Grundstücke Besitz zu ergreifen, und der Pächter oder Miether hindert ihn daran, dann macht sich dieser eines Eingriffes in das Besitzrecht des Eigenthümers schuldig, der deßwegen mit dem interdictum de vi wider ihn einschreitet. Gegen dieses stehen dem Pächter oder

Miether Einreden aus dem Contractsverhältnisse nicht zu [7]). Der besitzende Eigenthümer nimmt in diesem Falle eine vermöge seines Besitzrechtes ihm zustehende Besitzhandlung vor (daß durch eine Mittelsperson, den Käufer, ist ganz einflußlos), er wird daran durch den nicht besitzenden, mithin unberechtigten, Pächter oder Miether gehindert und so seines Besitzes widerrechtlich entsetzt. In dem darüber anzustellenden Rechtsstreite wird natürlich des Eigenthümers Besitzrecht durchdringen und der Pächter oder Miether zur Anerkennung desselben und Duldung einer daraus entspringenden Besitzhandlung verurtheilt werden müssen. Diese nothwendig aus dem ganzen Systeme folgende Sätze werden auch durch einzelne Aussprüche in den Quellen ausdrücklich bestätigt [8]).

Aus dem bisher Ausgeführten erhellt nun, daß der Pächter oder Miether trotz des obligatorischen Verhältnisses das Eigen-

---

[7]) Das Gegentheil scheint u. a. Glück, Erläuterung rc. Bd. 18. S. 23. irrig anzunehmen.

[8]) Namentlich in l. 12. und l. 18. D. de vi, in denen der entwickelte Fall entschieden und gesagt wird, in der ersten: „nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emtorem, cui jussisset dominus tradi possessionem, non admisit," und in der zweiten: „quia nihil interesset, ipsum (sc. venditorem), an alium ea voluntate ejus missum intrare prohibuerit (si. colonus)." Es wird hier der Pächter ausdrücklich zur Duldung der, auf dem von ihm detinirten Grundstücke vorzunehmenden, Besitzhandlung (intrare. ingredi: betreten) verurtheilt, und im Widersetzungsfalle dem venditor des interdictum de vi wider ihn ertheilt. Die Schlußworte der ersten Stelle: „nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset (si. emtori possessionem non tradidit)", sind aber nicht auf das Pachtverhältniß zu beziehen (dies thut u. a. Mühlenbruch, Cession p. 279. Anm. 67), denn, wenn dies angänglich, würden die allegirten Stellen lediglich von Fällen zu verstehen sein, in denen das Pacht- oder Miethsverhältniß bereits beendet (so faßt sie u. a. Glück auf), da ja dann dasselbe während seines Bestehens immer einen gerechtfertigten Weigerungsgrund abgeben würde. Eine solche Deutung unserer Stellen läßt sich aber durch nichts rechtfertigen, vielmehr ergibt der ganze Zusammenhang, daß gerade für den Fall des bestehenden Pacht- und Miethsverhältnisses hier eine Entscheidung

thums- und Besitzrecht des Eigenthümers fortwährend anerkennen und die Besitzhandlungen desselben, wozu also auch die Uebertragung des Besitzes auf einen Anderen gehört, dulden muß. Dagegen können diese Rechte des Eigenthümers den Pächter oder Miether nicht zu einem positiven Handeln verpflichten, jener kann also diesen auch nicht zur Herausgabe oder Ueberlieferung der verpachteten oder vermietheten Sache an ihn oder einen Andern nöthigen. Dies würde in die obligatorische Sphäre eingreifen. In einem Rechtsverhältnisse zu dem Pächter oder Miether, kraft dessen er einen Anspruch auf positive Handlungen desselben hätte, steht der Verpächter oder Vermiether nicht durch sein Eigenthums- oder Besitzrecht, sondern durch den Vertrag. Diesem aber, so lange er besteht, würde eine derartige Anforderung zuwiderlaufen und daher vom Pächter oder Miether mit der Einrede aus demselben, oder der generellen exceptio doli zurückgewiesen werden. So wenig also aus diesem durchgreifenden Grunde der Eigenthümer während der Dauer des Verhältnisses seine Sache von dem Pächter oder Miether zu vindiciren im Stande, eben so wenig kann dies der Käufer. Aus eigenem Rechte hat er keine Vindicationsklage, da er noch nicht Eigenthümer, wollte er sie

---

hat getroffen werden sollen. Die des umgekehrten bietet keine Schwierigkeit, da hier einfach der Verpächter oder Vermiether vom Pächter oder Miether, der nun nicht einmal obligatorisch mehr berechtigt ist, die Sache abfordern wird, um sie dem Käufer zu übergeben. Auch zeigt l. 50. D. de jure fisci, daß die Uebertragung des Eigenthums auf den Käufer während eines bestehenden Pacht- oder Miethsverhältnisses den Römischen Juristen ganz unbedenklich erschien. Daß in unseren beiden Stellen dem auf seine Weigerung von dem Käufer gewaltsam vertriebenen Pächter gegen jenen das interdictum de vi gleichfalls zugestanden ist, darf eben so wenig die richtige Anschauung verwirren. Das Verfahren des Käufers ist (selbst für den Fall, daß er auch dazu von dem Verkäufer beauftragt) eine unerlaubte Selbsthilfe. Das Interdict hat aber der Pächter gegen ihn, weil er im Momente der Dejection einen Besitz in eigenem Namen begann, dessen Unrechtmäßigkeit dem ganz unberechtigten Dejicienten gegenüber nicht in Frage kommt.

sich aber von diesem cediren lassen, so würden ihm als Cessionar alle gegen seinen Cedenten wirksamen Einreden entgegengesetzt werden können. Von einer Uebergabe des Grundstücks oder der Sache seitens des Pächters oder Miethers an den Käufer kann daher überall nicht die Rede sein, es handelt sich nur um eine von diesem ohne Mitwirkung jenes vorzunehmende und von letzterem zu duldende Besitzergreifung [9]). Daraus ergibt sich nun, daß allerdings Fälle denkbar sind, in denen ein bestehendes Pacht- oder Miethsverhältniß der Uebergabe der fraglichen Sache hindernd in den Weg tritt: es sind dies solche, wobei das factische Verhältniß des Pächters oder Miethers zu der Sache ein dergestalt umfassendes, daß er im Stande, sie von der Einwirkung des Verpächters oder Vermiethers gänzlich auszuschließen, was aber allerdings nur innerhalb des Bereiches der beweglichen Sachen denkbar ist. Derartige Fälle characterisiren sich mithin als Ausnahmen und ist daher die Regel aufzustellen, daß an und für sich das Verpachtet- oder Vermiethetsein einer Sache den Wechsel des Eigenthümers derselben nicht zu hindern vermag.

§. 4.

Verhältniß des neuen Eigenthümers zu dem Pächter oder Miether.

Hat nun ein neuer Eigenthümer die verpachtete oder vermiethete Sache, und zwar ohne besondere Nebenstipulationen bezüglich dieses Verhältnisses, überkommen, so ist es zweifellos, daß er nun auch den Pächter oder Miether austreiben kann. Viele, namentlich ältere, Theoretiker schreiben deßhalb dem Käufer das sogenannte „jus expellendi" zu. Dies ist nicht etwa ein besonderes, dem Käufer als solchem zustehendes, Recht, sondern die natürliche Folge des von ihm erlangten Besitzes und Eigen-

---

[9]) Wenn es daher in der schon besprochenen l. 12. D. de vi heißt: „quem (sc. locatorem) deiecisse tunc videretur (sc. colonus), cum emtori

thumes. Es geschieht daher auch seiner in den Quellen keine besondere Erwähnung. „Das dingliche Recht geht dem persönlichen vor," auf diesem Fundamentalsatze beruht einfach die Entscheidung dieser Frage. Der neue Eigenthümer hat vermöge dieses seines Eigenthumes die unumschränkte Herrschaft über die Sache, in welcher ihn der Pächter oder Miether nicht zu beengen vermag. Seiner Forderung auf Räumung kann letzterer keinen Einwand aus dem Vertrage entgegensetzen, da ihn derselbe nicht tangirt, und die Anwesenheit des Pächters oder Miethers auf oder in der Sache, gibt diesem keine Rechte gegen den neuen Eigenthümer, dem gegenüber sie auf keinem Rechtsgrunde beruht. Leistet der Pächter oder Miether daher der Aufforderung des neuen Eigenthümers, zu räumen, keine Folge, so stellt dieser die Besitzstörungsklage (das interdictum uti possidetis, bezüglich auch utrubi) gegen denselben an, entsetzt aber der Pächter oder Miether den neuen Eigenthümer des erlangten Besitzes wieder, dann schreitet dieser mit dem interdictum de vi wider ihn vor, oder kann nun auch die Eigenthumsklage (die rei vindicatio) anstellen, da jetzt deren Voraussetzungen und Erfordernisse in seiner Person erfüllt sind [10]).

---

possessionem non tradidit," so ist dies dahin zu verstehen: „als er den Käufer an der Besitzergreifung hinderte," denn unmittelbar vorher ist der rein negative Character der Verpflichtung des colonus durch das „non admisit" und „ingredi volentem prohibuisset" schon deutlich genug bezeichnet. Ebensowenig widersprechen die Worte in l. 18. pr. D. eod.; „neque enim ante amissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori" unserer Ausführung. Dieselben erklären, weßhalb dem Verkäufer das Interdict wegen Zurückweisung des Käufers zustehe allgemein daraus, daß jener seinen Besitz nicht eher verloren habe, als bis diesem die Uebergabe geleistet worden. Hierbei wird von dem colonus ganz abgesehen, auf den sich überhaupt jene Worte gar nicht beziehen.

[10]) Dies das einfache, klare Sach- und Rechtsverhältniß. Die Begriffsverwirrung der meisten älteren Theoretiker, die sich der simplen dem Satze zu Grunde liegenden Wahrheit nicht hinlänglich bewußt wurden und immer auf

Das Ausgeführte kurz zusammengefaßt, ersieht sich daraus, wie hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Käufer einer verpachteten oder vermietheten Sache und deren Pächter oder Miether die Rechtsparömie „Kauf bricht Miethe“ in dieser Fassung keine absolute Wahrheit enthält, wie sie also dem Käufer kein singuläres, nicht schon in dem ganzen Systeme begründetes, Recht verleiht. Daß für den Käufer ein von seinem Verkäufer über den verkauften Gegenstand abgeschlossener Pacht- oder Miethvertrag ein fremdes, ihn nicht berührendes Rechtsverhältniß bleibt, beruht auf allgemeinen Principien, so wie es andrerseits unzweifelhaft ist, daß aus dem bloßen Kaufvertrage gleichfalls nur ein persönliches, die Sache unmittelbar nicht ergreifendes Rechtsverhältniß zwischen dem Käufer und dem Verkäufer entsteht, also der bloße Abschluß eines Kaufcontractes an und für sich auf ein betreff der verkauften Sache bestehendes Pacht- oder Miethsverhältniß noch keine Wirkung äußert. Der Schwerpunkt ist vielmehr anderswo zu suchen und zu finden in dem durch den Kaufvertrag vermittelten Eigenthumsübergange. Ist dieser erfolgt, dann kann der Pächter oder Miether gegen den neuen Eigenthümer, mit dem er nicht contrahirt hat, und der als Singularsuccessor in die persönlichen Verbindlichkeiten seines Vorgängers nicht eingetreten ist, seine Vertragsrechte nicht zur Geltung bringen. Derselbe kann ihm

---

„den Käufer“ Gewicht legten, während hier doch alles auf den „Eigenthümer“ ankommt, hat sie zu dem Bestreben verleitet, besondere Rechtsmittel für den Käufer gegen den Pächter oder Miether ausfindig zu machen, woraus hie und da ganz merkwürdige Resultate entsprungen sind. Eine Aufzählung findet sich bei Glück und bei Gesterding (Ausbeute ꝛc. Bd. 3. p. 253 ꝛc.) der zugleich auch die Unhaltbarkeit derselben treffend nachweist. Ganz widersinnig aber ist es, dem Pächter oder Miether gegen den neuen Eigenthümer gar ein Retentionsrecht wegen seiner Forderungen aus dem Vertrage zuzuschreiben, da geradezu sämmtliche Bedingungen desselben hier fehlen. Nicht minder bedarf die von Einzelnen aufgestellte Behauptung, daß die Wissenschaft des Käufers von dem bestehenden Pachts- oder Miethsverhältnisse denselben zu dessen Anerkennung und zur Duldung des Pächters oder Miethers verpflichte, keiner besonderen Widerlegung.

das Gebrauchs- und Nutzungsrecht der Sache entziehen, und auf diese Weise hört allerdings das Pacht- und Miethsverhältniß, so weit es sich auf die Sache selbst und unmittelbar bezieht, factisch auf. Alles dies sind aber sich von selber ziehende Consequenzen aus dem Satze, daß der dinglich Berechtigte dem nur persönlich Berechtigten, der sein Recht nicht von ihm ableitet, vorgeht. Unsere Parœmie drückt sonach nur eine Anwendung jenes allgemeinen Satzes auf einen speciellen Fall, und zwar ziemlich vag und schief, aus. Diese aus dem gesammten Systeme gewonnenen Resultate werden auch durch die Quellen bestätigt, die aber, da die vorgetragene Lehre nichts singuläres oder abnormes enthält, dieselbe deßhalb auch nirgend ex professo abhandeln. Vielmehr wird an einschlagenden Stellen der nackte Satz hingestellt als Consequenz der von uns weitläufig entwickelten Prämissen, die natürlich in dem organischen Zusammenhange der Rechtsbücher nicht jedesmal wieder aufs neue dargethan, vielmehr stillschweigend vorausgesetzt werden. Wenn es also in der als Hauptstelle allseitig anerkannten l. 9. Cod. loc. cond. heißt: „Emtorem quidem fundi non est stare colono, cui prior dominus locavit," so wird dadurch kurz das Ergebniß unserer Untersuchungen ausgedrückt, und sind all unsere Grund- und Unterlagen in den beiden Worten „prior dominus" zusammengefaßt. Sie weisen darauf hin, daß hier der emtor nicht als Contrahent, d. h. als obligatorisch Berechtigter, sondern als novus dominus, im Gegensatze zu dem prior in Betracht kommen, daß er also bereits dominus geworden sein müsse, wenn dieser Satz Anwendung finden solle. Mit directen Worten wird in Bezug auf den Käufer und den Usufructuar unser Satz noch ausgesprochen in l. 59. §. 1. D. de usufruct., wo es heißt: „Ad exemplum venditionis potest usufructuarius conductorem repellere." Ebenso erhellt aus l. 120. §. 2. D. de leg. 1: „fructus ex fundo pure legato post aditam hereditatem a legatario perceptos ad ipsum pertinere: colonum autem cum herede ex conducto habere actionem," daß der Pächter seine Rechte aus dem Contracte gegen den Legatar,

auf welchen das Grundstück übergegangen, nicht geltend machen kann. Zwei andere einschlagende, im folgenden noch zu besprechende Stellen: l. 25. §. 1. und l. 32. D. loc. setzen das Recht des neuen Eigenthümers (durch Kauf und Legat) stillschweigend voraus.

§. 5.

Einfluß der Veräußerung auf das Verhältniß zwischen den Contrahenten selbst.

Nachdem im vorigen die Haltbarkeit der Paroemie in ihrer Anwendung auf das Verhältniß zwischen dem neuen Eigenthümer und dem Pächter untersucht und gezeigt worden, daß sie bezüglich darauf nichts anderes bedeutet, als daß der neue Eigenthümer oder anderweit dinglich Berechtigte den Pächter oder Miether austreiben darf, so ist nun noch übrig, zu erläutern, welchen Einfluß der Eigenthumswechsel auf das Verhältniß zwischen dem Verpächter oder Vermiether und dem Pächter oder Miether, also den eigentlichen Vertrag, äußert, wie also nach dieser Seite hin das Sprichwort zu verstehen sei. Daß man einer vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeit durch seine *eigene* willkürliche Handlung sich nicht entäußern darf, versteht sich von selbst, es kann daher auch der Verpächter oder Vermiether dadurch, daß er die Sache verkauft, sich von seinem contractlichen Verbindlichkeiten nicht befreien, obschon ihn dieselben an und für sich an dem Verkaufe der Sache zu hindern nicht im Stande sind. Dieses ungeachtet besteht also der Pacht- oder Miethvertrag zwischen den beiden Contrahenten nach wie vor fort und in den Ansprüchen des Pächters oder Miethers aus demselben ändert sich selbstredend dadurch nichts. Diese gehen nun darauf, daß ihm der vertragsmäßig zugesicherte Gebrauch der Sache gewährt werde, „ut re conducta frui (resp. uti) conductori liceat,“ wie die Quellen sich ausdrücken. Diesen Anspruch hat er an den Verpächter oder Vermiether, nicht speciell in dessen Eigenschaft als Eigenthümer der Sache, sondern ganz allgemein als an seinen Mitcontrahenten, der ihm zu der übernommenen Leistung persönlich verpflichtet ist.

Der Contract muß also erfüllt werden, auch wenn er über eine dem Verpächter oder Vermiether fremde Sache wäre abgeschlossen worden. Veräußert dieser daher den Gegenstand, so ist es mit Rücksicht auf die ihm obliegende obligatorische Verbindlichkeit seine Pflicht, dafür zu sorgen, daß auch nach der Veräußerung dem Pächter oder Miether die Ausübung seiner Befugnisse möglich sei, wie dies l. 25. §. 1. D. loc. mit klaren Worten ausspricht: „Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat.“ Er muß mithin dem Vertrage, der rechtlich fortbesteht, auch den factischen Fortbestand sichern. Da er ohne die Einwilligung seines Successors und des Pächters oder Miethers diese gegen einander nicht berechtigen, oder verpflichten, d. h. keinen Vertrag zwischen denselben zu Stande bringen kann (wo dies geschieht, wo also mit Bewilligung aller Interessenten aufgehoben und ein neuer zwischen dem Käufer und dem Pächter oder Miether abgeschlossen wird, hat die Sache natürlich keine Schwierigkeit), so muß er mit seinem Nachfolger sich dahin zu einigen suchen, daß es ihm nach wie vor möglich bleibe, seinem Pächter oder Miether das uti licere der Sache zu praestiren. Festzuhalten ist aber dabei immer, daß der, durch die Veräußerung an und für sich nicht modificirte oder alterirte, Pacht- oder Miethvertrag ganz in der früheren Weise und zwischen den ursprünglichen Contrahenten fortbesteht. Der neue Eigenthümer und der Pächter oder Miether kommen mithin dadurch in kein gegenseitiges Verhältniß zu einander, und wenn letzterer durch jenen in Ausübung seines Rechtes behindert wird, so ist es der frühere Eigenthümer, der, als sein Mitcontrahent, als der ihm einzig Verpflichtete, sein Recht aus dem Contracte ihm zu gewähren, und an den er aus diesen Gründen einzig und allein sich zu halten hat [11]).

---

[11]) „Alioquin prohibitus is (colonus) aget cum eo (locatore) ex con-

Ebenso ist wegen Erfüllung der ihm durch den Vertrag auferlegten Pflichten, auch soweit sie das Interesse des Eigenthümers berühren, also die gehörige Benutzung und Instandhaltung der Sache betreffen, der Pächter oder Miether principal immer nur dem Verpächter oder Vermiether verbunden, und an diesen regressirt sich daher wegen etwaigen Schadens der Eigen-

ducto" schließt die oben citirte l. 25. §. 1. loc. In dieser Stelle beziehen sich die Worte „eadem pactione" auf den alten Miethsvertrag und die Präposition apud (apud emtorem) hat hier ihre eigentliche räumliche Bedeutung „bei dem Käufer." Der Sinn ist also der: bei dem Käufer, d. h. auf dem jetzt diesem gehörigen Grundstücke sollen die Contrahenten ihren Vertrag fortsetzen. Auf einen ähnlichen Vertrag bezieht sich eine Stelle in der l. 59. §. 1. D. de usufructu, die den Auslegern Schwierigkeit gemacht hat. Die lex lautet: „quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet: pensiones quoque jam antea locatorum agrorum, si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest fructuarius conductorem repellere." Abgesehen davon, daß bei dem zweifelhaften Punkte die Haloandrina liest: „nisi fuerit specialiter exceptum," was ganz klar wäre, so gibt die Stelle auch so einen ganz befriedigenden Sinn. Es wird von einem in ususfructus ausgethanen Gute gesprochen, von dem einzelne Aecker verpachtet sind. Wenn nun die Pachtgelder „exceptae," d. h. dem Eigenthümer vorbehalten sind, so deutet dies natürlich auf eine Verabredung mit dem usufructuar, daß das Pachtverhältniß fortbestehen sollte.

Daß aus einem derartigen zwischen Verkäufer und Käufer abgeschlossenen Vertrage der Pächter oder Miether selbst Klagen und Einreden erhalte, wie viele annehmen, ist nicht richtig. Im Römischen Recht wurde, außer in einigen speciell ausgenommenen Fällen, ein Dritter niemals aus einem zu seinen Gunsten contrahirten Vertrage direkt und unmittelbar berechtigt. Dies ist erst eine Erweiterung der gemeinrechtlichen Praxis. Uebrigens bleibt zu bedenken, daß in diesem Falle der Verkäufer den Vertrag für sich und in seinem Interesse schließt.

Beim Verkaufe verpachteter fiscalischer Grundstücke wird ein solcher Contract mit dem Käufer als abgeschlossen stillschweigend vorausgesetzt, um den Fiscus vor den Ansprüchen des Pächters sicher zu stellen, letzterer muß also in der Pachtung belassen werden. Dies ist zugleich die einzige positive Ausnahme von unserem Satze, oder wie einzelne sich ausdrücken von der Regel: „Kauf bricht Miethe." Die wohl noch hie und da angeführten Fälle der

thümer, so weit er nicht vielleicht mit der lex Aquilia gegen den Beschädiger, wie gegen jeden andern Dritten, vorzugehen befugt ist und dies zu thun vorzieht [12]).

Es ergibt sich nun auch aus dem Bisherigen mit Evidenz die Stellung des Pächters oder Miethers in diesem ganzen Verhältnisse und die Unrichtigkeit der von Einigen aufgestellten Behauptung, daß eine Veräußerung denselben ohne weiteres berechtige von dem Vertrage zurückzutreten [13]). Geht man davon aus, daß der Veräußerung ungeachtet der Pacht- oder Miethvertrag zwischen denselben Contrahenten unverändert fortbesteht, daß bei Eingehung desselben von vornherein nichts auf das Eigenthum des Verpächters oder Vermiethers an der fraglichen Sache ankam, vielmehr dieser seinen contractlichen Verbindlichkeiten vollständig

---

l. 8. §. 1. D. de rebus auctor. jud. poss. l. 25. §. 4. D. de solut. matr. und l. 1. §. 15. D. de dote praeleg. sind darum keine Ausnahmen, weil sie nicht unter die Regel passen.

[12]) Deutlich dargestellt ist dies Verhältniß in l. 14. §. 30. D. de a. l. v. Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus, magis esse, Servius putabat, ex vendito esse actionem, denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emtorem e emto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emtori reddat.

[13]) Man hat dafür wohl die l. 32. D. loc. angeführt: „qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Quodsi colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem habere colonum et hoc detrimentum ad heredem pertinere etc. Diese Stelle beweist aber nichts weiter, als daß der colonus nicht gezwungen werden könne, mit dem Legatar (dem neuen Eigenthümer) das Pachtverhältniß fortzusetzen (colere), da auf diesen als Singularsuccessor die obligatorischen Rechtsverhältnisse des Erblassers nicht übergegangen, der Erbe also selbstredend dem Legatar in dieser Beziehung zu nichts verbunden ist. Daß aber zwischen dem Erben, als Repräsentanten des Erblassers, und dem colonus das Vertragsverhältniß fortdauere, lehrt auch diese Stelle mit Zweifellosigkeit.

genügt, so lange er dem Pächter oder Miether die Benutzung der Sache gewährt oder resp. verschafft, so folgt daraus, daß so lange dies geschieht, auch letzterer seinerseits den Vertrag zu erfüllen verpflichtet ist und nicht willkürlich zurücktreten kann. Daß ein neuer Eigenthümer vorhanden, muß ihm gleichgiltig sein, so lange er trotz desselben sein Recht aus dem Vertrage üben kann. Unzweifelhaft freilich ist er nicht verpflichtet, mit dem neuen Eigenthümer das Verhältniß fortzusetzen, d. h. einen ganz neuen Vertrag einzugehen, daß er aber bei dem alten Vertrage, so lange derselbe fortbestehen kann und fortbesteht, beharren muß, läßt sich ebensowenig ohne gänzliche Verkennung der klarsten Rechtsprincipien läugnen [14].

Hat nun der Verpächter oder Vermiether bei der Veräußerung, die an und für sich noch nicht gegen die Rechte des Pächters oder Miethers verstößt, es unterlassen, derartige Abkommen mit dem neuen Eigenthümer zu treffen, oder hat dieser sich nicht darauf eingelassen, oder handelt er denselben entgegen, so ist nun das Klagerecht des Pächters oder Miethers gegen seinen Mitcontrahenten begründet. Er klagt mit der actio conducti, also der Contractsklage, wider denselben (cfr. l. 25. §. 1. D. loc.) und kann der Verklagte seiner Hauptverbindlichkeit nicht mehr nachkommen, so fordert der Kläger mit jener Klage sein Interesse wegen der ihm nicht geleisteten Contractserfüllung. Bei Abmessung desselben muß nach allgemeinen Grundsätzen darauf gerück-

---

[14]) Ob der Miether durch eine Cession der aus dem Contracte ihm zustehenden Rechte seitens des Verkäufers an den Käufer rechtlich genöthigt werden könne, mit diesem den Vertrag fortzusetzen, ist eine Frage, die zwar bei Gelegenheit unserer Untersuchungen aufgeworfen werden kann, mit denselben aber nicht in solch innigem Zusammenhange steht, um hier des weiteren erörtert zu werden. Nach den von angesehenen Lehrern, wie Mühlenbruch (Lehre v. d. Cession, 2. Aufl. p. 310 sq.), v. Vangerow u. A. entwickelten gewichtigen Gründen erscheint die Unstatthaftigkeit einer derartigen, das ganze Verhältniß umfassenden, Cession bewiesen. Daß einzelne Forderungen und Rechte aus demselben abgetreten werden können, ist unbedenklich.

sichtigt, daß der Verklagte sich selbst außer Stande gesetzt, seinen Obliegenheiten zu genügen und demnach das vollständige Interesse zugesprochen werden [15]). Aus alledem erhellt aber, daß nicht die Veräußerung an und für sich, sondern erst die mittelbar dadurch herbeigeführte Verletzung der Contractspflichten den Verpächter oder Vermiether zur Entschädigung des Pächters oder Miethers verbindet [16]). Ist die Sache durch Vermächtniß ohne Rücksicht auf das Pacht- oder Miethsverhältniß veräußert, so hat der Pächter oder Miether die Contractsklage wegen Erfüllung und bezüglich Entschädigung gegen den Erben, der die Person des ursprünglichen Contrahenten bezüglich der Obligation fortsetzt. (cfr. l. 32. D. loc. und l. 120. §. 2. D. de leg.)

§. 6.

Endresultat.

Alles bisher Entwickelte kurz zusammengefaßt, ergibt sich, daß die Rechtsparoemie „Kauf bricht Miethe" für das Römische Recht keine absolulte Wahrheit, am allerwenigsten in dieser Fassung ausspricht, vielmehr nur sehr relativ und bedingt richtig ist. Der Uebergang des Eigenthumes an der verpachteten oder vermietheten

---

[15]) L. 33. D. loc. Nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quantum ejus interfuerit, frui, in quo etiam lucrum ejus continebitur.

[16]) Die Frage, ob und wie ein Pächter oder Miether sich gegen eine Veräußerung seitens des Verpächters oder Vermiethers sichern könne, interessirt uns hier nicht. Wenn eine dergleichen Sicherung möglich und in Folge des betreffenden, speciellen und selbstständigen, Vertrages eine Veräußerung nicht stattfinden darf, dann kann natürlich von den bisher entwickelten Consequenzen einer solchen nicht die Rede sein. Das leidige Schematisiren systemloser Handbücher in Regeln und Ausnahmen rubricirt einen derartigen Fall unter die Ausnahmen von unserer Regel, ohne zu bedenken, daß von „Ausnahme" nur da die Rede sein kann, wo trotz der vorhandenen Bedingungen der Regel diese nicht Platz greift.

Sache titulo singulari auf einen Anderen, als den Verpächter oder Vermiether (wohin der ungenaue und zu enge Ausdruck „Kauf" verstanden und generalisirt werden muß) führt keineswegs schon an und für sich eine Auflösung des Pacht- oder Miethsverhältnisses herbei. Es bleibt dasselbe vielmehr unberührt von der Veräußerung nach wie vor zwischen den ursprünglichen Contrahenten bestehen, und hat namentlich der Verpächter oder Vermiether nicht das Recht, einer von ihm vorgenommenen Veräußerung halber den Pächter oder Miether zu entsetzen. Dieses Recht steht dagegen dem Singularsuccessor des Verpächters oder Vermiethers zu, sobald das Eigenthum auf ihn übergegangen, da er von den obligatorischen Verbindlichkeiten seines auctors nicht berührt wird, mithin sein dingliches Recht gegen den ihm gegenüber völlig unberechtigten Pächter oder Miether zur Geltung bringen darf. Dadurch kann nun allerdings das Pacht- oder Miethsverhältniß factisch seine Endschaft erreichen, aber immer nur soweit es sich auf die Sache bezieht. Der Vertrag selbst, also der Anspruch des Pächters oder Miethers an seinen Mitcontrahenten dauert fort, und ist nach wie vor mit der Contractsklage verfolgbar, nur daß er schließlich in eine Entschädigungsforderung übergehen wird.

§. 7.

II. Gemeines Recht.

Das Römische Recht fand, als es nach Deutschland kam, die Rechtszustände dort in der Entfaltung begriffen vor. Das System war noch nicht gegliedert und geschlossen, die Rechtsbegriffe standen noch nicht fest und durchdrangen die thatsächlichen Verhältnisse, sondern erwickelten sich vielmehr aus diesen und deren äußerer Erscheinung allmälig erst heraus. Daher kommt es, daß, wie bei allem Anfänglichen, die Anschauung des alten deutschen Rechtes noch eine überwiegend sinnliche ist, und daß die Principien, welche die Wissenschaft jetzt aus ihm abstrahirt,

in ihm selbst zunächst noch unbewußt angewandt und geübt wurden. Recht klar ergibt sich das aus der Auffassung und Behandlung, die dasselbe dem Verhältnisse der Person zur Sache angedeihen läßt.

Nicht die rechtliche, sondern die factische Beziehung beider zu einander ist hiebei überwiegend und maaßgebend. Das factische Vermögen der Person, auf die Sache einzuwirken, verlieh dem Verhältnisse rechtlichen Charakter und Wirksamkeit, die äußere Gewalt war also oder ersetzte das Recht. Lediglich diese Möglichkeit, Anderen das Ergreifen oder Behandeln der Sache zu wehren (wern, defendere) erzeugte die „Gewere", die im Wesentlichen weiter nichts ist, als die thatsächliche Herrschaft über eine Sache und die überall, wo und wie sie sich findet, auch als etwas Rechtliches anerkannt und geschützt wird, oder eigentlicher sich selber schützt. Die verschiedenen Arten dieser Gewere sind so mannigfaltig als die verschiedenen Verhältnisse, welche eine unmittelbare factische Einwirkung der Person auf die Sache ermöglichen, immer aber ist es die äußere Thatsache und nicht die innere rechtliche Veranlassung derselben, welche dabei in Frage und zunächst zur Geltung kommt. Die rechtlichste Herrschaft der Person über die Sache, das Eigenthum, dominirt und prävalirt sonach nicht, sondern alle jene thatsächlichen Herrschaftsverhältnisse stehen gleich berechtigt und gleich wirksam neben demselben, sie sind ihm coordinirt, nicht untergeordnet. In Bezug auf unsern Gegenstand folgt aus alle dem, daß auch Pächter und Miether an der ihnen eingeräumten Sache die Gewere hatten, wie daß sie dadurch gegen den neuen Eigenthümer geschützt und von ihm nicht auszutreiben waren.

Weiter erklärt sich daraus aber auch, daß unsere Frage überhaupt nur bei unbeweglichen Sachen entstehen konnte. Das Eigenthum an diesen wurde übertragen mittels der gerichtlichen Auflassung, einer feierlichen symbolischen Handlung vor Gericht, durch Richterspruch und durch Vererbung, wobei überall die Gewere des Pächters oder Miethers an der veräußerten Sache als fac-

tisches Hinderniß nicht in den Weg treten konnte. Der Erwerber erhielt dadurch die „juristische Gewere" oder modern ausgedrückt ein Recht auf die Sache, einen dinglichen Anspruch darauf [17]). Die thatsächliche Herrschaft aber konnte er erst durch die Besitzergreifung erlangen, und diese wurde durch die factische Gewere des Pächters oder Miethers unmöglich gemacht, derselbe mußte also darin belassen werden, und der neue Eigenthümer sich vorläufig mit dem Zins begnügen, oder, wie die Quellen sich ausdrücken „seines Zinses warten." Mobilien, deren Eigenthum lediglich durch den Besitz übertragen wird, konnte der Eigenthümer, wenn er sie verpachtet oder vermiethet, sich also des Besitzes daran freiwillig begeben hatte, aus diesem Grunde gar nicht veräußern. Man sieht also, wie hier überall thatsächliche und rechtliche Anschauung in einander aufgehen.

Die Fortentwicklung all dieser Zustände zu rechtlichem Bewußtsein und System wurde durch die Aufnahme des Römischen Rechtes unterbrochen, dessen Principien zu den allein herrschenden sich erhoben und die Anschauungen des einheimischen Rechtes verdrängten, die nur noch in einzelnen rein nationalen Instituten, oder hie und da in Partikularrechten sich wirksam erwiesen. Gemeinrechtlich gelten daher, was unsere Frage anlangt, die Römischrechtlichen Grundsätze, wie sie in Vorstehenden entwickelt sind, stammt ja die Paroemie doch selbst aus dem gemeinen Deutschen Rechte her. Die Fremdartigkeit der Römischen Anschauungsweise, deren mit den Erscheinungen des täglichen Verkehrs in empfindlichen Conflict gerathende Consequenzen bewirkten es jedoch, daß gerade auf unserm Gebiete jene Grundsätze nur mit Widerstreben zur Anwendung gebracht wurden. Zeugniß dafür ist, daß gemeinrechtliche Juristen die Giltigkeit der Paroemie aus dem Rö-

---

[17]) Juristische Gewere ist das Verhältniß desjenigen, der nicht besitzt, aber eine dingliche Klage hat. Sie beschränkt sich dieselbe auf die im Texte genannten Fälle (cfr. Albrecht die Gewere 2c. §. 4. p. 23 ff.). Hier drängt sich einmal die rechtliche Anschauung vor.

mischen Rechte selbst wegzubeweisen sich bemühten [18]), daß in Entscheidungen einzelner Gerichtshöfe dem Pächter wenigstens die gesetzliche Räumungsfrist zugestanden wurde (cf. Mevii dec. P. 5. dec. 339), wie daß man sich nach Schutzmitteln für ihn und den Miether umthat, deren wirksamstes man darin fand, daß sie sich ihr Recht durch Bestellung einer Hypothek in der verpachteten oder vermietheten Sache versichern ließen, wodurch auch der Nachfolger im Besitze gebunden erachtet wurde. (Kommt z. B. im Oestreichischen und Sächsischen Rechte noch heute zur Anwendung.) Endlich verordneten nicht wenige Partikulargesetzgebungen (z. B. das Lüneburger Stadtrecht, Hamburger Statut, Frankfurter Reformat, Nürnberger Reform), in Festhaltung des einheimischen Princips geradezu: „Miethe geht vor Kauf."

III. Preußisches Recht.

§. 8.

Gesetzgebung.

Auch im Preußischen Rechte wurde unserer Paroemie bereits vor Emanation des Allgemeinen Landrechtes durch die Gesetzgebung derogirt, und damit der erste Schritt zu der durchgreifenden Umgestaltung gethan, die jenes Gesetzbuch auf dem ganzen einschlagenden Gebiete bewirkte. Mit den Anforderungen und Bedürfnissen des täglichen Verkehrs standen die Römischrechtlichen Grundsätze in grellem Widerspruche und versetzten, namentlich in größeren Städten, deren Geschäfts- und Bevölkerungsverhältnisse einen häufigeren Wechsel der Hauseigenthümer mit sich brachten, die Miether in eine prekäre, schutzlose Lage. Diesen Uebelständen wurde, zu-

---

[18]) Cfr. die Geschichte eines mit vieler Heftigkeit und Ausdauer über diese Frage geführten Streites in Nettelblatts Beiträge zur jur. gelehrten Historie St. VII. Nr. 4. S. 525 ff. Die Namen der Streiter und Streitschriften finden sich auch aufgezählt bei Glück, Commentar Th. 18. S. 15 etc. Anm. 22.

nächst für Berlin, durch das Hof-Rescript vom 15. April 1765 (Mylius, Nov. corp. const. pro 1765. Tom. III. pag. 673) abgeholfen. Es verordnete dieses, daß kein Käufer, Cessionar, Legatar, oder sonstiger Erwerber eines Hauses, der sein Recht daran aus dem Willen des Veräußerers herleite, befugt sei, die zur Zeit der Veräußerung im Besitz befindlichen Miether auszutreiben, vielmehr solle der neue Erwerber für die noch übrige Zeit des Miethvertrages in die Rechte und Verbindlichkeiten seines Auctors treten. Nur von den aus eigenem Rechte unabhängig von der Person des Vermiethers zur Sache kommenden Singularsuccessoren und bei nothwendigen Subhastationen sollte der Miether entsetzt werden können, aber auch hier nur nach vorausgegangener schriftlicher Kündigung und Abwartung der durch das Edict selbst bestimmten Räumungsfrist.

Bewußt oder unbewußt ward hiermit in specieller, und noch dazu localer, Beschränkung im Voraus eine Anwendung des allgemeinen Principes gemacht, welches ein paar Jahrzehnte später durch das neue Gesetzbuch zu umfassender und durchgreifender Geltung gebracht wurde. Das singuläre Recht des Berliner Miethers, eine Abnormität bei dem damaligen Rechtsstande, wurde in dem Allgemeinen Landrecht in unbeschränkter Ausdehnung auf alle ähnliche Rechtsverhältnisse anerkannt und im §. 358 des 20. Titels generell der Satz ausgesprochen:

„durch einen freiwilligen Verkauf wird in den Rechten und „Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert."

Hier ist derselbe nun keine Singularität mehr, keine den Anforderungen des praktischen Lebens zugestandene Ausnahme, hier stellt er vielmehr sich dar als die nothwendige Folge der gesammten Anschauung des Gesetzbuches, der Auffassung und Behandlung, die dasselbe den Rechtsmaterien, in deren Gebiet dieser Satz einschlägt, zu Theil werden läßt, er ist einfach das Resultat des allgemeinen Princips in seiner Anwendung auf einen einzelnen Fall. Wenn jener allegirte Paragraph sich demnach auch nicht vorfände, würde doch sein Inhalt mit derselben Präcision aus

dem Systeme abstrahirt werden können und müssen, und die Entscheidung einschlagender Fälle würde auch ohne ihn nicht dem mindesten Bedenken unterliegen. Er gehört zu denjenigen, hie und da aufstoßenden Bestimmungen, deren Vorhandensein im Gesetzbuche eine leise Verwunderung erregen könnte, weil es eben nach dem unzweifelhaften rechtslogischen Zusammenhange einer besondern Bestimmung gar nicht bedurft zu haben scheint. Alle diese Stellen haben aber das gemeinsam, daß sie verbreiteten Ansichten und Sätzen des vorlandrechtlichen Rechtes widersprechen, und darum jedenfalls ganz besondere Hervorhebung für zweckdienlich erachtet wurde.

Außerdem ist aber in Betreff unseres Paragraphen noch zu bemerken, daß unmittelbar vorher der Fall des nothwendigen Verkaufes abweichend vom Principe behandelt wird, dadurch also die besondere Einschärfung der Regel für den Fall freiwilliger Veräußerung um so mehr sich rechtfertigt.

§. 9.

Entwicklung aus dem System.

Das Allgemeine Landrecht hat bei Auffassung und Behandlung der vermögensrechtlichen Verhältnisse den Standpunkt des Römischen Rechts gänzlich aufgegeben und sein System auf neuen Grundlagen aufgebaut. Persönliches und dingliches Recht stehen nicht mehr schroff und unnahbar einander gegenüber, sie sind vielmehr, wie Bornemann einmal sich treffend ausdrückt, nur zwei verschiedene Stufen eines und desselben Rechtes. Jenes ist die unvollkommenere, dieses die vollkommenere Aeußerung des subjectiven Rechtes; jenes der Weg zum dinglichen, dieses das Ziel des persönlichen Rechtes. Daraus folgt, daß das Eigenthum den Mittelpunkt des vermögensrechtlichen Systemes bildet, daß die übrigen Rechte theils von ihm ausgehen, theils in ihm enden, daß also auch die Obligation nicht mehr als diametraler Gegensatz dem Eigenthume gegenüber eine Selbstständigkeit ohne

Anknüpfungs- und Vereinigungs-Punkte behauptet, sondern daß sie nur eine Stufe zu demselben ist und daher im Gesetzbuche nicht als ein abgeschlossenes Ganzes, sondern nur in ihren Beziehungen zum Eigenthume behandelt wird. Umgekehrt hat nun auch dieses seine isolirte Stellung, seinen festen inneren Zusammenhang aufgeben müssen, seine einzelnen Theile sind locker und vom Ganzen ablösbar geworden, die verschiedenen dinglichen Rechte sind Absplitterungen, losgetrennte Bestandtheile des einen Eigenthumsrechtes. Die unbeschränkte Dispositionsbefugniß des Eigenthümers gestattet ihm, einzelne aus seinem Eigenthumsrechte entspringende Befugnisse Anderen zu ertheilen, sich selbst sonach in dessen Ausübung zu beschränken. Diese Möglichkeit ist von der Gesetzgebung nach beiden Seiten hin anerkannt und gesichert, so daß mithin das Rechtsverhältniß nach Innen der Erscheinung nach Außen vollkommen entspricht. Bei dem Besitze nun — der *natürlichen* Basis des Eigenthums — muß sich folgerichtig die nämliche Anschauungs- und Behandlungsweise finden. Nicht der ausschließliche, die Sache in ihrer Totalität ergreifende und umfassende, d. h. auf die Ausübung des Eigenthumes an derselben *gerichtete* Wille des Besitzers ist es, der dem thatsächlichen Zustande der Innehabung einzig und allein den rechtlichen Character des Besitzes zu verleihen vermag, nein auch der Inhaber, welcher *einen* fremden derartigen Willen auf dieselbe Sache gerichtet weiß und anerkennt, ist dem Allgemeinen Landrecht Besitzer, sobald er die Gewahrsam der Sache in Folge eines ihm zustehenden Rechtes an dieselbe und mit dem Willen, dieses Recht auf und über dieselbe auszuüben, erlangt hat. Ein solcher, die Sache nur beschränkt erfassender, Besitz heißt der unvollständige (A. L. R. Th. I. T. 7. §. 6.) im Gegensatz zum vollständigen, dessen Wesen und Bedeutung nach dem Gesagten von selbst sich ergibt. Es sind demnach, wie verschiedene Eigenthums-, so auch verschiedene Besitzrechte an derselben Sache rechtlich möglich und anerkannt. Daraus resultirt, daß nach dem Allgemeinen Landrecht Pächter und Miether die in Folge ihres Rechtes ihnen eingeräumte Sache

besitzen. Durch diesen Besitz wird nun aber weiter der Character des Rechtes, aus dem er hervorgegangen, und welches ihn durchdringt, verändert. Das ursprünglich persönliche Recht des Pächters oder Miethers, gerichtet gegen den Verpächter oder Vermiether auf Gewährung des Gebrauches oder der Nutzung, wie sie ihm contractlich an der Sache zugestanden sind, wird durch deren Ueberlassung an den Berechtigten behufs der Ausübung zum dinglichen potenzirt. Das Allgemeine Landrecht hat gemäß seiner Theorie, welche das unvollkommene und beschränkte persönliche Recht als Durch- und Uebergang zum vollkommenen und unbeschränkten dinglichen Rechte betrachtet, die Möglichkeit gegeben, jedes persönliche Recht, welches dem Berechtigten die Befugniß zu irgend einer factischen Einwirkung auf eine individuell bestimmte Sache verleiht, zum dinglichen Rechte zu erheben dadurch, daß dieses Abhängigkeits-Verhältniß der Sache von der Person des Berechtigten nach außen hin sichtbar gemacht wird, denn das dingliche Recht, weil es von Allen anerkannt werden soll, muß deßwegen auch von Allen erkannt werden können. Die Einräumung des Besitzes, eine allgemein sicht- und erkennbare Thatsache, bewirkt also die Dinglichkeit eines derartigen persönlichen Rechtes, und hat demzufolge der Pächter oder Miether, soweit er sich im wirklichen Besitze der erpachteten oder gemietheten Sache befindet, ein dingliches Recht auf dieselbe (A. L. R. Th. I. T. 21. §. 3). Das Abhängigkeitsverhältniß, in welchem die Sache zu ihm sich befindet, ist kein bloß factisches, sondern ein rechtliches, sie selbst ist ihm verpflichtet, er kann sein Recht unmittelbar gegen sie geltend machen und verfolgen. Um deßwillen und weil sonach der verpachtende oder vermiethende Eigenthümer nicht nur dem Pächter oder Miether persönlich verpflichtet, sondern auch durch dessen dingliches Recht in seinem Eigenthumsrechte beschränkt ist, dasselbe also nur mit dieser Beschränkung weiter übertragen kann (Einl. z. A. L. R. §. 101), ist sein Universal- oder Singularsuccessor, d. h. jeder sein Eigenthumsrecht von ihm Herleitende, das Recht des Pächters oder

Miethers anzuerkennen und dessen Ausübung zu gestatten schuldig (A. L. R. Th. I. T. 21. §. 3). Aber auch schon die den Eigenthumsverhältnissen analoge Behandlung des Besitzes sichert in dieser Beziehung den Pächter oder Miether. Das Recht des unvollständigen Besitzers beschränkt nothwendig das des vollständigen, von dem es ein Ausfluß, ein einzelner, zu selbstständig rechtlichem Dasein abgetrennter Bestandtheil ist. Es waltet hier dasselbe Verhältniß ob, wie zwischen dem dinglich Berechtigten und dem Eigenthümer. Eben deßhalb kann auch der vollständige Besitzer sein eigenes Recht zum Nachtheil des von ihm eingeräumten unvollständigen Besitzrechtes einem Dritten nicht übertragen (A. L. R. Th. I. T. 7. §. 173), weil er nicht mehr zu geben vermögend, als er selbst hat.

§. 10.

Consequenzen und Resultate.

Auf diese Weise folgt also aus dem ganzen Systeme mit rechtslogischer Nothwendigkeit, daß der Singularsuccessor in das Eigenthum der verpachteten oder vermietheten Sache den im Besitze befindlichen Pächter oder Miether nicht austreiben kann noch darf. Der Besitz des letzteren aber ist das Criterium für Entscheidung unserer Frage, da erst durch ihn des Pächters oder Miethers Recht zum dinglichen, das Eigenthumsrecht des Verpächters oder Vermiethers beschränkenden Rechte erhoben wird. Wenn daher der Eigenthumswechsel vor der Uebergabe an den Pächter oder Miether erfolgt ist, dann greifen die Regeln über Collision dinglicher und persönlicher Rechte Platz, und jener kann, falls der neue Eigenthümer sein Recht nicht anzuerkennen braucht, sich nur an seinen ihm persönlich verpflichteten Mitcontrahenten regressiren (A. L. R. Th. I. T. 21. §§. 359 und 360). Auf der anderen Seite kann aber auch im Preußischen Rechte bei solchen Geschäften, die, wie gerade der Kauf, das Eigenthum nicht an sich und unmittelbar übertragen, unsere Frage erst dann entstehen, wenn dies durch Leistung der Uebergabe bewirkt ist. Daß aber

die Uebergabe einer verpachteten oder vermietheten Sache möglich, unterliegt keinem Zweifel, nur daß, wie schon aus dem bisher Entwickelten erhellt, der besitzende Pächter oder Miether dabei nicht umgangen werden kann, und daß sie auf keinen Fall seinem Rechte präjudicirt, deßhalb er aber auch umgekehrt kein Interesse hat, sie zu verhindern. Ebendarum haben wir auch nicht nöthig, zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen hier zu unterscheiden. Der Singularsuccessor des Verpächters oder Vermiethers kann also den Pächter oder Miether, so lange dessen Recht zum Besitze dauert, mithin innerhalb der contractlich oder gesetzlich bestimmten Zeit, des Besitzes nicht entsetzen. Dabei allein hat es jedoch sein Bewenden noch nicht. Nicht nur das Recht des Pächters oder Miethers auf die räumliche Innehabung der Sache ist dinglich, sondern diese räumliche Innehabung, der Besitz, verleiht dem gesammten durch den Vertrag begründeten Rechte, von dem jenes nur ein einzelner Theil ist, den Character der Dinglichkeit. Das ganze Pacht- und Miethsrecht mit all seinen einzelnen gesetz- und vertragsmäßigen Befugnissen wird dadurch dinglich, und dieses Recht, zu fordern, daß ihm die Sache in der contractmäßigen Weise zum Gebrauche und bezüglich zur Nutzung gewährt werde, kann daher der Pächter oder Miether gegen die Sache selbst, d. h. gegen jeden Eigenthümer derselben, unverändert verfolgen. Die Sache geht mit der darauf haftenden Verbindlichkeit auf den Erwerber über, und ist dieser sonach im Effect an die Vereinbarungen des Contractes gebunden. Dies drückt der citirte §. 358 dahin aus, daß durch einen freiwilligen Verkauf in den R e c h t e n des Pächters oder Miethers nichts geändert werde. Diesen Rechten desselben correspondiren nun seine Verpflichtungen. Das Correlat des Rechtes, die Pflicht, die mit ihm zusammen ein bestimmtes Rechtsverhältniß ausmacht, hat aber selbstredend den Character des Rechtes, und daraus folgt, daß was von den Rechten des Pächters oder Miethers gesagt worden, auch von seinen Verbindlichkeiten gilt, daß sonach unter den gegebenen Voraussetzungen das ganze Pacht- und

Miethsverhältniß ein dingliches ist. Wie also der neue Eigenthümer dem Pächter oder Miether den Contract unverändert zu halten verbunden, so liegt dasselbe auch diesem jenem gegenüber ob, weßhalb er ihm namentlich auch den bisherigen Zins fortzuentrichten schuldig ist. (Hieraus erklärt sich die Bestimmung des §. 106. Tit. 11. Th. I. A. L. R., daß Pacht- und Miethzinsen zwischen dem Käufer und Verkäufer nach Verhältniß ihrer Besitzzeit getheilt werden.) Eben darum hat der Pächter oder Miether kein Recht, der Veräußerung wegen von dem Contracte abzugehen [1]). Das Resultat dieser Ausführungen gibt der gedachte §. 358 dahin, daß durch einen freiwilligen Verkauf auch in den Pflichten des Pächters oder Miethers nichts geändert werde [2]). Dessen Verhältniß zum neuen Eigenthümer ist es, welches unser Paragraph im Auge hat, das zwischen dem Pächter oder Miether und dessen Mitcontrahenten, mit andern Worten der ursprüngliche Vertrag, dauert, so lange er nicht ausdrücklich aufgelöst wird, fort, da die Veräußerung des Eigenthumes an der verpachteten oder vermietheten Sache von selbst noch keine Aufhebung des Contractes mit sich bringt. (Auch vom Königl. Ober-Tribunal angenommen in dem Erkenntniß vom 3. Juni

[1]) Die positive uns hier nur beiläufig interessirende Vorschrift (A. L. R. Th. I. T. 21. §. 361), daß ihm dies freisteht bei einer vor der Uebergabe ohne seine Zuziehung erfolgten freiwilligen Veräußerung hat jedenfalls ihren Grund in der Voraussetzung, daß bei Eingehung des fraglichen, ein gewisses Vertrauensverhältniß involvirenden, Vertrages auf ihre beiderseitige Persönlichkeit Rücksicht nehmen. Daß aber der Zurücktretende keine Schadloshaltung fordern kann (§. 362 a. a. O.) entspricht allgemeinen Grundsätzen, da ihm ja der Vertrag hätte erfüllt werden können.

[2]) Das ganze Sach- und Rechtsverhältniß drückt Koch (Recht der Forderungen Bd. 3. S. 751), wenn auch vielleicht juristisch nicht ganz richtig, so doch bezeichnend und im Effect zutreffend dahin aus, daß nach Preußischem Rechte beim Verkaufe einer verpachteten oder vermietheten Sache sich die Cession des Pacht- oder Miethscontractes an den Käufer immer stillschweigend von selbst verstehe.

1853. Striethorst Archiv Bd. 9. S. 349 ff.) Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kommt freilich die Vertragserfüllung von Seiten des neuen Eigenthümers dem Verpächter oder Vermiether zu Gute, wie umgekehrt die Leistung an jenen seitens des Pächters oder Miethers denselben seinen Mitcontrahenten gegenüber liberirt. Rücksichtlich des Verhältnisses zwischen dem neuen Eigenthümer und dem Pächter oder Miether bleibt noch hervorzuheben, daß dieses lediglich durch die Sache begründet und erhalten wird, daß mithin, wenn sie keinen neuen Vertrag mit einander abschließen, ihre gegenseitigen Berechtigungen und Verbindlichkeiten nur so lange währen, als die Sache beim neuen Eigenthümer sich befindet, sich auch selbstverständlich nur auf dessen Besitzzeit erstrecken können. Das dingliche Recht, welches die Sache ergreift und gegen sie zur Geltung gebracht wird, verpflichtet deßwegen deren Eigenthümer, wenn er sich nicht außerdem noch persönlich verbindlich gemacht hat, nur so lange, als die Sache sein Eigenthum ist, weil eben nur in diesem Eigenthume, nicht in seiner Person der Verpflichtungsgrund liegt (A. L. R. Th. I. T. 19. §. 8). Während also das Rechtsverhältniß aus dem Pacht- und Miethscontracte zwischen den Contrahenten so lange besteht, als der Vertrag selbst, gehen die wechselseitigen Beziehungen zwischen dem Pächter und Miether als dinglich Berechtigten und dem Eigenthümer der Sache als solchem mit dem Wechsel des Eigenthumes zu Ende.

Aus diesen sämmtlichen Entwicklungen folgert sich von selbst, daß die Rechts-Paroemie „Kauf bricht Miethe" für das Preußische Recht nach keiner Seite hin, dem Principe und der Regel nach, Anwendung findet.

§. 11.

Ausnahme.

Eine positive Ausnahme ist durch das Gesetz selbst gemacht für den Fall der nothwendigen gerichtlichen Veräußerung. (Schulden halber, im erbschaftlichen Liquidations-Processe und auf den

Antrag eines Beneficialerben wie sich aus den Bestimmungen der Allgemeinen Gerichts-Ordnung und der Gesetze vom 4. März 1834 und 11. August 1843 ergibt.) Durch eine solche erlangen nämlich die Gläubiger und der Käufer das Recht, dem Pächter oder Miether zu kündigen, und dieser ist, wenn der Zuschlag erfolgt, d. h. das Eigenthum auf den Erwerber übergegangen ist, zur Räumung verpflichtet (A. L. R. Th. I. T. 21 §§. 351 bis 353 und 357. Diese Ausnahme ist, wie die Verfasser des Landrechts in den Materialien selbst angeben, im Interesse der Gläubiger gemacht, weil es diesen sehr präjudiciren würde, wenn sie das Grundstück mit der Verpflichtung für den Käufer, die Pacht oder Miethe bis zum Ablauf des contractlichen Termins auszuhalten, zum Verkauf bringen müßten [3]). Der Pächter oder

[3]) Daß es eine Ausnahme geht aus dem ganzen Systeme und dem Zeugniß der Verfasser selbst hervor. (Auch vom Königl. Ober-Tribunal angenommen in dem Erkenntniß v. 29. März 1852. Striethorst, Archiv ꝛc. Bd. 5. S. 137 ff.) Bornemann sucht es einmal (von Rechtsgeschäften, Aufl. 2. S. 331) dadurch systematisch zu begründen, daß die Eintragung ein noch intensiveres und wirksameres dingliches Recht verleihe, als der Besitz. Abgesehen davon, daß diese Behauptung schon an und für sich nicht haltbar, wird sie für unseren speciellen Fall durch das Gesetz selbst widerlegt. Der §. 356 A. L. R. Th. I. T. 21 gibt dem Pächter oder Miether, der seinen Contract in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen, nur das Vorrecht der dritten Classe, sonst aber kein weiteres Recht, während er doch nach jener Ansicht, wenigstens später eingetragenen Gläubigern gegenüber, in seinem Pacht- oder Miethsrecht selbst geschützt sein müßte. Koch (im Recht der Forderungen Bd. 3. S. 748 und im Commentar zum §. 358 a. a. O.) läugnet mit Rücksicht auf die uns beschäftigenden Bestimmungen, daß die landrechtliche Theorie, wonach Kauf nicht Miethe bricht, auf der Dinglichkeit des Miethsrechtes beruhe, sie enthalte vielmehr eine einfache Anwendung der Regel: Nemo plus juris etc. Jene Herleitung sei ein Zeugniß der Inconsequenz des Landrechts, da das Miethsrecht in dem einen Falle sich als dinglich darstelle, in dem andern aber nicht. Koch übersieht dabei, daß die abweichende Behandlung des nothwendigen Verkaufes eine bewußte Ausnahme, also keine tadelnswerthe Inconsequenz ist, und daß man mit Ausnahmen die Regel nicht wegläugnen kann. Seine Herleitung wird auch nur durch die Dinglichkeit des Rechtes

Miether kann sich also nur aus dem Contracte mit einer etwaigen Entschädigungsforderung an den Verpächter oder Vermiether halten (A. L. R. Th. I. T. 21. §. 355), dagegen ist er selbst der nothwendigen Veräußerung halber vom Vertrage abzugehen nicht befugt, so daß also nach dieser Seite hin auch hier die Regel aufrecht erhalten ist [4]).

---

ermöglicht, und wenn er mit dem angeführten Rechtssatz auch die Bestimmungen hinsichtlich des nothwendigen Verkaufes begründen will, so kommt er in gleiche Verlegenheit, da ja der Adjudicatar sein Recht gleichfalls von dem verpachtenden oder vermiethenden Eigenthümer herleitet, denn daß die Veräußerung zwangsweise stattgefunden, relevirt hierbei gar nicht. In seinem Privatrecht, Aufl. 2. Bd. 2. S. 54 scheint Koch selbst anderer Meinung zu sein.

[4]) Auch der Miether kann in unserem Falle selbst nicht kündigen, nur wenn ihm gekündigt ist, hat er das Recht, früher zu räumen, als ihm gesetzlich obliegt. A. L. R. Th. I. T. 21. §. 354.

IV.

Ueber die Compensation mit Obligationen der Ehegatten nach Römischem Dotalrecht.

Von

Herrn Saran, Gerichts-Assessor.

Es ist nach dem durch die Schriften von Krug und Dernburg [1]) bezeichneten Standpunkt der heutigen Wissenschaft unzweifelhaft, daß die vom Justinianischen Gesetzbuch mit Stillschweigen übergangene Lehre von der Compensation mit Obligationen der Ehegatten [2]) aus dem ehelichen Güterrecht entwickelt werden muß. Denn es handelt sich darum, nach den verschiedenen Gütersystemen das Rechtsverhältniß des einen Ehegatten zu den Forderungen und Schulden des andern zu ermitteln, weil dieses darüber entscheidet, ob dem einen Haupterforderniß der Compensation, dem Erforderniß der Gegenseitigkeit der Forderungen, genügt ist [3]).

---

[1]) Krug, die Lehre von der Compensation. 1833. Dernburg, die Compensation nach römischem Rechte mit Rücksicht auf die neuern Gesetzgebungen. 1854.

[2]) Auch der Code Napoléon und das Oesterreichische Gesetzbuch enthalten keine Bestimmung darüber. Das englische Recht hat folgende von seinen Grundsätzen über das eheliche Güterrecht abweichende Bestimmung: In an action of debt against a man on his own bond, he cannot set off a debt due to him in right of his wife. Tomlins, Law-Dictionary, v. Set-off.

[3]) Aus diesem Gesichtspunkt hat das Preuß. Allgem. Landrecht in den

Ein vergleichender Rückblick auf die früheren Ansichten von Mevius und Lauterbach [4]) an bis zu Glück hinauf läßt den Fortschritt der heutigen Wissenschaft in doppelter Beziehung erkennen. Einmal ist die Streitfrage, ob der Mann auf seine Schulden mit den Forderungen der Frau compensiren könne, dahin gelöst, daß die Compensationsbefugniß von den Rechten abhängt, welche ihm nach dem zur Anwendung zu bringenden eherechtlichen Gütersystem an den Forderungen der Frau zustehen. Sodann ist der Praxis durch die in den Schriften von Krug und Dernburg gegebenen Darstellungen der Compensation nach römischem Dotalrecht, nach dem System des ehemännlichen Nießbrauchs und der verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft vorgearbeitet.

Indeß noch ist der Fortschritt, wenigstens hinsichtlich der Compensation nach römischem Dotalrecht, nicht so befriedigend, daß eine wiederholte Behandlung derselben ohne Nutzen erscheint. Die gegenwärtige Abhandlung stellt es sich zur Aufgabe, nach Kräften eine vollständige Lehre zu entwickeln, die, wenn sie von richtigen Grundsätzen aus zu richtigen Ergebnissen gelangen sollte, nicht blos durch Berichtigung abweichender Ansichten und Ergänzung der vorhandenen Lücken von wissenschaftlichem, sondern auch für die Länder des römischen Dotalrechts, wie z. B. Hessen-Cassel, Braunschweig, Hannover, von praktischem Werthe sein wird.

---

§§. 336—341. Tit. 16. Th. I. ausführliche Vorschriften gegeben, welche in §§. 336—339 die Compensation hinsichtlich des eingebrachten und in §. 341 hinsichtlich des vorbehaltenen Vermögens, im §. 340 dagegen die Compensation bei vorwaltender Gütergemeinschaft betreffen.

4) Er sagt in seinem Colleg. theor.-pract. §. 9. l. 16. t. 2 ganz allgemein: maritus a suo creditore conventus, non potest eidem opponere compensationem illius, quod ab actore ejus uxori debetur. Krug, §. 70 Nr. 428, beruft sich daher mit Unrecht auf ihn für den Satz, daß der Mann beim System der ehelichen Vormundschaft die außenstehenden Kapitalien der Frau zur Compensation auf eigne Schulden nicht benutzen könne.

Die Compensation mit Obligationen der Ehegatten nach römischem Dotalrecht zerfällt in zwei Abschnitte: der erste hat die Compensation mit Forderungen der Ehegatten auf die Schulden des einen oder andern zum Gegenstande, in dem zweiten soll die Compensation mit Schulden der Ehegatten auf die Forderungen des einen oder andern erörtert werden.

1. Von der Compensation mit Forderungen der Ehegatten auf die Schulden des einen oder andern.

a. Compensation mit der Forderung aus dem Mitgiftsversprechen.

Der Ehemann, und nicht die Frau, hat die Klage aus dem ihm von einem Fremden oder von den Schwiegereltern geleisteten Versprechen einer Mitgift [5]).

Ist dagegen die Mitgift der Frau versprochen worden, so steht die Klage sowohl dem Manne, als der Frau zu, letztere muß jedoch auf Verlangen des verklagten Promittenten Kaution bestellen, wodurch derselbe gegen die Ansprüche des Manns gesichert wird [6]).

Was von der Klage, das gilt auch von der Compensation. Der Mann compensirt als Gläubiger der aus dem ihm geleisteten Versprechen entspringenden Forderung, nicht als Eigenthümer der dos [7]), auf seine Schulden, wodurch, da die dos bereits durch das Versprechen bestellt ist, eine Illation derselben bewirkt und der Mann bei ihrer demnächstigen Restitution zum Ersatz verpflichtet wird [8]).

Wurde das Versprechen der Frau geleistet, so ist die von

---

5) L. 5. C. de dotis promiss. etc. (5, 11).

6) L. 29 pr. und l. 48. §. 1. D. de jur. dot. (23, 3). Strippelmann, Entscheid. I. S. 239 ff.

7) Wie Mevius, dec. IV. d. 195, meint.

8) Erk. des O. A. G. zu Dresden vom 18. Dec. 1855. Seuff. Arch. Bd. 11. Nr. 159.

Seiten des Manns erfolgende Compensation, ebenfalls Illation der dos welche ihn zum Ersatz verpflichtet.

Die Frau andrerseits hat, wenn dem Mann das Versprechen geleistet worden, nicht das Recht zur Compensation auf ihre Schulden, im Fall des ihr geleisteten Versprechens aber, ist sie befugt, gegen Kaution zu compensiren.

b. Compensaton mit der Dotalforderung.

Ueber die Rechte des Manns an der Dotalforderung bestimmt l. 2. C. de O. et A. (4, 10): Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem ejus, qui nomen emerit, dari oportere, saepe rescriptum est.

Der Mann hat also, ohne daß es der nach altem Recht erforderlichen Delegation oder Bestellung zum procurator in rem suam noch bedarf, an den zum Brautschatz gegebenen Forderungen der Frau die Rechte eines Cessionars.

Dies Rechtsverhältniß ist der Compensation zu Grunde zu legen, nicht, wie meist angenommen wird, das Eigenthum des Manns an der dos.

Wenn man darüber einverstanden wäre, daß der Mann an der dos ein wahres Eigenthum hat, so würde es, weil alsdann ein gleiches Ergebniß für die Compensation vorläge, ohne Interesse sein, die richtige Grundlage zu ermitteln. Es ist aber bekanntlich nicht nur in der Theorie die Meinung verbreitet, sondern auch in der Praxis herrschend, daß dem Mann nur ein dominium civile zusteht, und aus dem dominium civile folgt, daß der Mann nur mit den in Nutzungen bestehenden und solchen Forderungen selbstständig compensiren kann, welche sich in der mit einem Werthanschlag zum Zwecke des Verkaufs (aestimatio venditionis causa) bestellten dos befinden, während zur Compensation mit den Kapitalien die Einwilligung der Frau erforderlich ist [9]). Dieser Folgerung ist durch Feststellung des

[9]) Vgl. Harter, Comp. §. 12.

maßgebenden Rechtsverhältnisses vorgebeugt: mag immerhin das dominium des Manns als ein civile aufgefaßt werden, er kann dennoch mit der Dotalforderung als Cessionar compensiren. Ihm ist daher die Befugniß einzuräumen, von dem Zeitpunkt an, wo er den Schuldner von der Bestellung der Dotalforderung in Kenntniß gesetzt hat, auf seine Schulden zu compensiren, er muß jedoch, falls dieser Zeitpunkt erst im Laufe des Prozesses eintritt, die bis dahin entstandenen Prozeßkosten tragen.

So lange der Schuldner nicht in Kenntniß gesetzt ist, steht der Frau, als Cedentin, die Compensationsbefugniß zu.

Insoweit die Dotalforderung nicht durch Compensation erloschen ist, muß sie, wenn während oder nach Aufhebung der Ehe die Restitutionspflicht eintritt, restituirt werden.

Die Compensation findet weder von selbst statt, noch dadurch, daß der Mann die Compensationseinrede erworben hat [10]), sondern entweder durch Vertrag, durch welchen die Dotalforderung aufgerechnet, oder rechtskräftiges Erkenntniß, in welchem die Compensationseinrede für begründet erklärt wird. Liegt der eine oder das andere vor, so hat der Mann die Frau wegen der nicht mehr vorhandenen Dotalforderung zu entschädigen.

Hat der Mann die Dotalforderung während der Ehe restituirt, so ist zu unterscheiden, ob er dazu verpflichtet war, oder es freiwillig geschah. In Folge der nothwendigen, durch die Insolvenz des Manns begründeten Restitution, hören zwar dessen Dotalrechte auf und fallen an die Frau zurück, dennoch aber darf die Frau die Dotalforderung nicht veräußern [11]), folg-

---

[10]) Dieser Ansicht ist Dernburg (S. 401 Not. 2), indem er an einen angeblich von Mevius (dec. XII. d. 242) behandelten Fall anknüpft, wo es sich um Restitution der inferirten Forderung der Frau handeln soll. Mevius erörtert aber die Frage, ob die Compensation mit der dem Manne versprochenen baaren Mitgift auf seine Schuld eine Illation enthalte, und ob zur Compensation eine Erklärung erforderlich sei. Vergl. die früher Not. 7. angeführte d. 195, IV.

[11]) L. 29. C. de jur. dot. (5, 12) Nov. 97. c. 6. pr.

lich auch nicht auf ihre Schulden zur Compensation bringen. Diese Beschränkung fällt fort, wenn die Restitution ex justa causa, z. B. damit die Frau ihre Schulden bezahle, **freiwillig** erfolgt.

c. **Compensation mit der Paraphernalforderung.**

Es bedarf einer vorgängigen Untersuchung, ob die von der Frau durch ihre schaffende Thätigkeit (operae) während der Ehe erworbenen Forderungen zu den Paraphernalforderungen zu rechnen sind. Dergleichen Forderungen, die ein Aequivalent für die einem Dritten geleisteten Dienste sind, z. B. die ausstehenden Forderungen eines Gewerbes der Frau, die Gehaltsforderung einer Sängerin, rückständiger Tagelohn der Frau u. s. w., gehören zu dem Erwerb aus einem besondern Gewerbe oder einer besondern Kunst der Frau (Erwerb aus operae artificiales et industriales). In manchen Fällen betreibt zwar die Frau durch ihre dem Dritten geleisteten Arbeiten, z. B. durch Handarbeiten, im technischen Sinn kein besonderes Gewerbe, wohl aber im juristischen, weil dem Dritten geleistete Arbeiten sich nicht auf das Hauswesen beziehen.

Darin liegt gerade das entscheidende Merkmal für die operae artificiales et industriales, indem sie den Gegensatz bilden zu den häuslichen Diensten und der Beihülfe der Frau im Geschäfte des Manns, den operae obsequiales et industriales, welche dem Manne geleistet werden.

Ob daher die erworbenen Forderungen zu den Paraphernalforderungen zu rechnen sind, hängt davon ab, ob der Erwerb aus operae artificiales et industriales überhaupt Paraphernalgut wird, und dies ist nach der jetzt fast unbestrittenen Ansicht der Theorie und Praxis [12]) zu bejahen.

Die Paraphernalforderungen zerfallen hinsichtlich der Rechte des Manns daran in zwei Arten. Die erste besteht in Schuldbriefen

---

[12]) Vergl. Erk. d. O. G. zu Wolfenbüttel v. 7. Jan. 1857. Seuff. Arch. Bd. 11. S. 383 ff.

der Frau, welche dem Mann übergeben und in einem schriftlichen Dotalvertrage als Paraphernalforderungen bezeichnet sind; diese kann der Mann als Bevollmächtigter der Frau ohne Kautionsbestellung einklagen [13]).

Die zweite Art bilden die übrigen Paraphernalforderungen, an denen, wie am Paraphernalvermögen überhaupt, der Mann nach Eherecht gar keine Rechte hat. Denn die Ansicht, daß ihm nach gemeinem Recht am Paraphernalvermögen der Nießbrauch zustehe, ist längst widerlegt, und ihm daran die Verwaltung bis zum Widerspruche der Frau einzuräumen [14]), ist nicht gerechtfertigt.

Paraphernalforderungen, welche der Mann als Bevollmächtigter einklagen kann, ist er auf seine Schulden zu compensiren nicht befugt, weil dem Bevollmächtigten mit der Forderung des Machtgebers auf seine Schuld zu compensiren, nicht gestattet ist [15]).

Auf die übrigen Paraphernalforderungen findet die in l. 18. §. 1. D. de compens (16, 2) ausgesprochene Regel Anwendung:

Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus, pro eo, qui convenitur ob debitum proprium velit compensare.

Soll die Compensation zulässig sein, so muß entweder die Frau dem Manne die Paraphernalforderung cediren oder der Gläubiger in die Compensation willigen. Wenn der Gläubiger einwilligt, liegt ein Compensationsvertrag vor, dessen Gültigkeit unbedenklich aus dem „non cogitur“ zu folgern ist und welcher unter Einwilligung der Frau vom Mann oder von der Frau selbst mit dem Gläubiger geschlossen werden kann. Der Gültigkeit des von der Frau geschlossenen Vertrages steht auch nicht der Umstand entgegen, daß die Compensation auf die Schuld des Manns

---

13) L. 11. C. de pact. conv. etc. (5, 14). Erk. d. Cassations- und Revisionshofes zu Berlin, Seuff. Arch. Bd. 2. Nr. 190.

14) Auf Grund des „muliere prohibente“ in l. 8. C. l. c.

15) Erk. d. O. A. G. zu Celle, Pufend. obs. I. o. 78.

geschieht, denn diese ist so wenig, wie Zahlung einer Schuld des Manns, eine Intercession für denselben.

Die Frau kann auf ihre Schulden compensiren; compensirt sie mit einer solchen Peraphernalforderung, welche der Mann als Bevollmächtigter einzuklagen berechtigt ist, so erlischt sein Mandat durch stillschweigenden Widerruf.

d. Compensation mit der Forderung des Manns.

An der Forderung des Manns hat die Frau keine Rechte, sie kann also dieselbe auch nicht auf ihre Schulden zur Compensation brigen.

2. Compensation mit Schulden der Ehegatten auf die Forderungen des einen oder andern.

Grundsatz ist, daß weder die Frau aus den Schulden des Manns, noch der Mann aus den Schulden der Frau verpflichtet wird [16]). Von dieser Regel giebt es keine Ansnahme. Denn der Mann wird nicht durch die bloße Einwilligung in die Schuld der Frau verbindlich, noch entspringt für ihn aus den auf das Hauswesen bezüglichen Schulden der Frau eine Verpflichtung. Hat gleich der Ehemann nach den Grundsätzen des ehemännlichen Nießbrauchs oder der Errungenschaftsgemeinschaft derartige, ehegesellschaftliche Schulden als die seinigen anzuerkennen, so doch nicht nach römischem Dotalrecht, da wegen der Gütertrennung eine Geschäftsführung der Frau nicht vermuthet werden kann [17]).

Die Schulden des einen Ehegatten sind daher für den andern Schulden eines Dritten, und es findet bei der Compensation mit derselben, soweit nicht mit Rücksicht auf die Forderung, worauf compensirt werden soll, besondere Bestimmungen gelten, die Regel Anwendung, daß mit der Schuld des Dritten nicht compensirt werden kann. Hiernach gestaltet sich die Compensation in folgender Weise:

---

[16]) L. 1 und 3 C. ne uxor pro marito etc. (4, 12).

[17]) Zeitschr. f. Rechtspfl. in Braunschweig, Bd. 1. S. 187 fg.

a. **Auf Forderungen des Manns können nicht die Schulden der Frau compensirt werden** [18]).

b. Klagt der Mann die Forderung aus dem ihm oder der Frau geleisteten Mitgiftsversprechen ein, so ist die Compensation mit seinen, nicht aber mit den Schulden der Frau zulässig. Andererseits sind, wenn der Frau die Mitgift versprochen wurde, auf die von ihr gegen Kaution geltend gemachte Forderung nur ihre eigenen Schulden und nicht die Schulden des Manns compensabel.

c. Bei der Compensation auf Dotalforderungen hat man bisher, was die Compensation mit Schulden der Frau betrifft, nicht berücksichtigt, daß der Mann Cessionar der Dotalforderungen ist. Als Cessionar können dem Mann nicht blos seine eignen, sondern auch diejenigen Schulden der Frau aufgerechnet werden, welche zu der Zeit fällig waren, als der Schuldner durch den Mann von der Bestellung der Dotalforderung Kenntniß erhielt. Die Fälligkeit der Dotalforderung zu dieser Zeit ist nicht erforderlich, denn die Ansicht, welche zur Begründung der Compensation auf cedirte Forderungen die Fälligkeit derselben

---

[18]) Krug, §. 70, ist der Ansicht, daß Dotalschulden compensirt werden können. Welche Schulden sind darunter zu verstehen? Nach römischem Dotalrecht giebt es keine Dotalschulden. Richtig aber ist, daß nach dem System des ehemännlichen Nießbrauchs oder der Errungenschaftsgemeinschaft dem Mann auf seine Forderungen die auf das Hauswesen bezüglichen Schulden der Frau compensirt werden können, da ihn diese als Schuldner verpflichten. Vgl. für die Compensation bei ehemännlichem Nießbrauch: Preuß. A. L. R. §. 336. I. 16. in Verbindung mit §§. 321—328. II. 1.

Daß Lauterbach in seinem Colleg. th. pract. l. 16. t. 2. §. 9, wie Dernburg S. 403. Nr. 3 annimmt, ausgesprochen habe, bei der partikulären Gütergemeinschaft könnten dem Mann auf Prozeßforderungen nicht Schulden der Frau compensirt werden, läßt sich nicht behaupten. Lauterbach, der, wie alle Aeltere, die verschiedenen Gütersysteme gar nicht berücksichtigt, sagte ganz allgemein: petente marito, non potest reus objicere compensationem illius, quod ipsi debet uxor.

zur Zeit der Bekanntmachung der Cession verlangt, wird durch das Recht des Schuldners widerlegt, vor der Fälligkeit, wenn nicht das Gegentheil verabredet wurde, zu zahlen, woraus folgt, daß er vor der Fälligkeit der cedirten Forderung auch die Compensationseinrede hat, welche er dem Cessionar entgegen setzen kann.

Einer besondern Erwähnung bedarf noch die Compensation mit Schulden der Frau auf solche Dotalforderungen, welche sich in dem zur dos bestellten Vermögen der Frau befinden. Wird ein ganzes Vermögen als dos bestellt, so ist der Mann nicht Universalsuccessor, wie l. 72. pr. D. de jur. dot. (23, 3) mit den Worten bestimmt: „Paulus respondit: eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus ejus conveniri non posse."

Die Schulden der Frau können daher dem Mann auf die Dotalforderungen nicht wie auf ererbte Forderungen zur Compensation gebracht werden. Auch aus dem, der eben gedachten Bestimmung hinzugefügten Schlußsatz, kann keine Befugniß des Gläubigers zur Compensation mit Schulden der Frau gefolgert werden. Paulus schließt nämlich seine Antwort auf die Frage: ob der Mann für die Schulden der Frau als Erbe hafte, mit der Bemerkung: „sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superesset, deducto aere alieno."

Wäre damit gesagt, daß der Gläubiger das Recht habe, die Schulden von dem Vermögen abzuziehen, so würde daraus in Beziehung auf die gegen ihn zustehenden Forderungen zu folgern sein, daß er seine fällige Gegenforderung compensiren könne [19]), und man hat in der That jenes Recht dem Gläubiger beigelegt, indem man ihn für befugt erachtet hat, die Execution in der dos nachzusuchen. Indeß Paulus deutet nicht das

---

[19]) Nach Preuß. A. L. R. giebt es Schulden der Frau, wegen welcher der Gläubiger das eingebrachte Vermögen in Anspruch nehmen kann, z. B. vorehliche, §. 338. II. 1, deshalb kann er damit auf die eingebrachte Forderung compensiren. §. 336. I. 16.

Recht der Gläubiger, sondern das Recht der Frau gegen den Mann an. Er meint, es müsse bei Bestellung der dos der Begriff des Vermögens angewendet werden.

Aus dem Begriff des Vermögens folgt aber, daß die Dosbestellung unter dem stillschweigenden modus geschieht, der Mann solle die Frau gegen deren Gläubiger vertreten. Die Nichterfüllung des modus berechtigt entweder die Frau mit der actio praescriptis verbis auf Erfüllung zu klagen [20]), oder sie hat dasselbe Recht, welches ihr aus der Nichterfüllung eines ausdrücklichen modus zustehen würde, also das Recht mit der condictio ob causam datorum, so viel als zur Bezahlung der Schulden nöthig ist, von der dos zurückzufordern, oder, wenn der Mann auf Aushändigung der dos klagt, jene condictio als Exception geltend zu machen. Die Gläubiger dagegen haben nur die Befugniß, sich die Ansprüche der Frau im Wege der Execution überweisen zu lassen, falls ihnen nicht die Actio Pauliana zusteht.

Die in dem zur dos bestellten Vermögen befindlichen Forderungen sind also den einzelnen zur dos bestellten Forderungen hinsichtlich der Compensation mit Schulden der Frau ganz gleich zu stellen.

So lange nicht der Schuldner von der Bestellung der Dotalforderung benachrichtigt worden, kann die Frau die Dotalforderung einklagen, und alsdann ist auch die Compensation mit ihren, nicht aber mit den Schulden des Manns zulässig.

Wenn die Dotalforderung während der Ehe der Frau freiwillig restituirt wird, so geschieht dies durch Rückcession. Es können daher der Frau ihre eignen und solche Schulden des Manns compensirt werden, die bis zu der durch die Frau erfolgten Bekanntmachung der Rückcession fällig geworden sind.

Bei der wegen der Insolvenz des Manns eintretenden noth-

---

20) Vergl. l. 28. D. de donat. (39, 5).

wendigen Restitution ist der Zeitpunkt der Bekanntmachung der Restitution maßgebend.

Die Rückcession bei Aufhebung der Ehe geschieht ipso jure, ohne daß es einer Bekanntmachung bedarf, weßhalb der Schuldner nur die bis zur Aufhebung der Ehe fällige Gegenforderung an den Mann zur Compensation stellen kann.

d. Die Compensation mit Schulden des Manns auf Paraphernalforderungen, welche er als Bevollmächtigter geltend macht, ist unzulässig, weil auf Forderungen des Machtgebers nicht Schulden des Bevollmächtigten aufgerechnet werden können. Wohl aber ist die Compensation mit Schulden des Machtgebers zulässig und darum auch mit Schulden der Frau.

Dieselbe Compensationsbefugniß tritt ein, wenn die Frau selbst die Paraphernalforderung einklagt [21]).

---

[21]) Schulden des Manns können ihr auch dann nicht aufgerechnet werden, wenn sie gleichzeitig Schuldnerin des Manns ist. Fab. cod. def. l. IV. tit. 23. def. 16.

IV.

Ueber die Fassung der stipulatio ex operis novi nuntiatione.

Von

Herrn Dr. A. Ubbelohde zu Göttingen.

(Dieser Aufsatz, geschrieben im Dec. 1858, war zum Drucke übergeben, bevor die Aufsätze über die O. N. N. von Rudorff und von A. Schmidt im Jahrb. des gem. deutsch. Rechts Bd. 4. Hft. 1. u. 2. erschienen. Sie haben daher nur bei der Correctur berücksichtigt werden können.)

Es ist bekannt, daß derjenige, cui opus novum nuntiatum est, — abgesehen von dem Falle, wo die Nuntiation vorgenommen ist, um eine cautio damni infecti zu erzwingen [1]) — wenigstens bis zur Entscheidung über das Verhinderungsrecht des Nuntianten die Befugniß zum Weiterbauen sich dadurch zu verschaffen vermag, daß er dem Nuntianten Caution bestellt, eventuell das opus wegzuräumen [2]). Diese Caution ist eine besondre prätorische Stipulation, die man unter der Bezeichnung: stipulatio ex operis novi nuntiatione versteht.

---

[1]) L. 1. §. 17. D. de O. N. N. 39, 1.

[2]) Infolge der l. un. Cod. h. t. 8, 11 von Justinian soll dies freilich regelmäßig erst dann geschehen, wenn innerhalb dreier Monate nach der Nuntiation das Verbietungsrecht des Nuntianten noch unentschieden ist,

Die fragliche Stipulation hat in neuerer Zeit A. Schmidt (von Ilmenau) folgendermaßen reconstruirt [3]):

Quod opus novum, q. d. a., (a te heredibusve tuis vel ceteris successoribus) [3]a), intra annum factum erit, id, si non jure factum esse judicatum erit, aut si res arbitratu boni viri defensa non erit, restitui arbitratu boni viri, aut, si ita mihi placuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam a te heredibusve tuis dari dolumque malum abesse abfuturumque esse spondes?

Die mitgetheilte Wiederherstellung halte ich, bis auf einen Punkt, im Wesentlichen für gerechtfertigt. Jener Punkt betrifft die Fassung der Stipulation auf die Alternative:

restitui — aut quanti ea res erit — tantam pecuniam dari.

Die Widerlegung dieser Fassung bildet den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung, dessen Erörterung, so unbedeutend sie an sich genannt werden muß, zu der schwierigen Lehre von den prätorischen Cautionen vielleicht einen nicht unwillkommenen Beitrag liefert.

Wenn Paullus (lib. 73. ad edictum) in l. 2. pr. D. de praet. stipul. 46, 5. sagt:

Praetoriae stipulationes aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem —

so scheint schon in dieser allgemeinen Behauptung der dritte, von Schmidt bei der fraglichen Formel angenommene, Fall einer Verbindung beider Möglichkeiten ausgeschlossen zu sein. Allenfalls freilich ließe es sich bei jener einleitenden Bemerkung noch entschuldigen, daß der Jurist einer solchen, vielleicht ganz ver-

---

[3]) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. Bd. VIII. Gießen 1851. Nro. II. S. 22 ff.

[3]a) Vgl. l. 2. 8. 18. L. ne quid in loco publ. 43, 8. — Schmidt, Jahrb. a. a. O., S. 218.

einzelt dastehenden, Fassung nicht erwähnt hätte; allein, daß er im unmittelbarsten Zusammenhange darauf in §. 1 so fortfährt:

Sicuti stipulatio ex operis novi nuntiatione, qua cavetur, ut opus restituatur —,

und damit als Beispiel der Fassung auf die rei restitutio gerade nur die cautio ex operis novi nuntiatione anführt, — das müßte doch völlig unverzeihlich genannt werden: vorausgesetzt nämlich, diese habe wirklich nur alternative auf die rei restitutio gelautet [3b]).

Nimmt dies nun von vornherein gegen Schmidt's Lesart ein, so möchte das, was er dafür anführt, bei genauerer Erwägung wenig Zwingendes haben. Es ist dies die l. 21. §. 4. D. de O. N. N. 39, 1.

(Ulpian. lib. 80. ad edictum.) Sive autem res judicetur, sive res non defendatur: stipulatio in id committitur, ut res viri boni arbitratu restituatur. Quod si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, si hoc petitori placuerit.

Ja, mich dünkt, diese Stelle erweise zunächst wenigstens soviel, daß die von Schmidt vorgeschlagene alternative Fassung:

restitui — aut, si ita mihi placuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari —

nicht richtig sein könne. Nach dieser Fassung nämlich würde der Nuntiant, infolge des Sieges in dem Streite über sein Verbietungsrecht, sogleich völlig die freie Wahl haben zwischen der (nochmaligen) [4]) Forderung der restitutio operis und derjenigen seines Interesse daran. Der Ausdruck aber des §. 4. cit.: — si ita restitutum non erit —, welcher, wie der Zusammenhang der Stelle beweist, selbst ohne daß man ihn als Theil der Stipu-

---

[3b]) S. auch Schmidt, Jahrb. a. a. O., Note 14.

[4]) Das erste Mal wird die restitutio operis regelmäßig in dem Streite über das Verbietungsrecht gefordert sein. S. Schirmer, über die prätorischen Judicialstipulationen. Greifswald. 1853. S. 80 f.

lich auch nicht auf ihre Schulden zur Compensation bringen. Diese Beschränkung fällt fort, wenn die Restitution ex justa causa, z. B. damit die Frau ihre Schulden bezahle, freiwillig erfolgt.

c. Compensation mit der Paraphernalforderung.

Es bedarf einer vorgängigen Untersuchung, ob die von der Frau durch ihre schaffende Thätigkeit (operae) während der Ehe erworbenen Forderungen zu den Paraphernalforderungen zu rechnen sind. Dergleichen Forderungen, die ein Aequivalent für die einem Dritten geleisteten Dienste sind, z. B. die ausstehenden Forderungen eines Gewerbes der Frau, die Gehaltsforderung einer Sängerin, rückständiger Tagelohn der Frau u. s. w., gehören zu dem Erwerb aus einem besondern Gewerbe oder einer besondern Kunst der Frau (Erwerb aus operae artificiales et industriales). In manchen Fällen betreibt zwar die Frau durch ihre dem Dritten geleisteten Arbeiten, z. B. durch Handarbeiten, im technischen Sinn kein besonderes Gewerbe, wohl aber im juristischen, weil dem Dritten geleistete Arbeiten sich nicht auf das Hauswesen beziehen.

Darin liegt gerade das entscheidende Merkmal für die operae artificiales et industriales, indem sie den Gegensatz bilden zu den häuslichen Diensten und der Beihülfe der Frau im Geschäfte des Manns, den operae obsequiales et industriales, welche dem Manne geleistet werden.

Ob daher die erworbenen Forderungen zu den Paraphernalforderungen zu rechnen sind, hängt davon ab, ob der Erwerb aus operae artificiales et industriales überhaupt Paraphernalgut wird, und dies ist nach der jetzt fast unbestrittenen Ansicht der Theorie und Praxis [12]) zu bejahen.

Die Paraphernalforderungen zerfallen hinsichtlich der Rechte des Manns daran in zwei Arten. Die erste besteht in Schuldbriefen

---

[12]) Vergl. Erk. d. O. G. zu Wolfenbüttel v. 7. Jan. 1857. Seuff. Arch. Bd. 11. S. 383 fl.

der Frau, welche dem Mann übergeben und in einem schriftlichen Dotalvertrage als Paraphernalforderungen bezeichnet sind; diese kann der Mann als Bevollmächtigter der Frau ohne Kautionsbestellung einklagen [13]).

Die zweite Art bilden die übrigen Paraphernalforderungen, an denen, wie am Paraphernalvermögen überhaupt, der Mann nach Eherecht gar keine Rechte hat. Denn die Ansicht, daß ihm nach gemeinem Recht am Paraphernalvermögen der Nießbrauch zustehe, ist längst widerlegt, und ihm daran die Verwaltung bis zum Widerspruche der Frau einzuräumen [14]), ist nicht gerechtfertigt.

Paraphernalforderungen, welche der Mann als Bevollmächtigter einklagen kann, ist er auf seine Schulden zu compensiren nicht befugt, weil dem Bevollmächtigten mit der Forderung des Machtgebers auf seine Schuld zu compensiren, nicht gestattet ist [15]).

Auf die übrigen Paraphernalforderungen findet die in l. 18. §. 1. D. de compens (16, 2) ausgesprochene Regel Anwendung:

Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus, pro eo, qui convenitur ob debitum proprium velit compensare.

Soll die Compensation zulässig sein, so muß entweder die Frau dem Manne die Paraphernalforderung cediren oder der Gläubiger in die Compensation willigen. Wenn der Gläubiger einwilligt, liegt ein Compensationsvertrag vor, dessen Gültigkeit unbedenklich aus dem „non cogitur“ zu folgern ist und welcher unter Einwilligung der Frau vom Mann oder von der Frau selbst mit dem Gläubiger geschlossen werden kann. Der Gültigkeit des von der Frau geschlossenen Vertrages steht auch nicht der Umstand entgegen, daß die Compensation auf die Schuld des Manns

---

[13]) L. 11. C. de pact. conv. etc. (5, 14). Erk. d. Cassations- und Revisionshofes zu Berlin, Seuff. Arch. Bd. 2. Nr. 190.

[14]) Auf Grund des „muliere prohibente“ in l. 8. C. l. c.

[15]) Erk. d. O. A. G. zu Celle, Pufend. obs. I. o. 78.

geschieht, denn diese ist so wenig, wie Zahlung einer Schuld des Manns, eine Intercession für denselben.

Die Frau kann auf ihre Schulden compensiren; compensirt sie mit einer solchen Peraphernalforderung, welche der Mann als Bevollmächtigter einzuklagen berechtigt ist, so erlischt sein Mandat durch stillschweigenden Widerruf.

d. Compensation mit der Forderung des Manns.

An der Forderung des Manns hat die Frau keine Rechte, sie kann also dieselbe auch nicht auf ihre Schulden zur Compensation brigen.

2. Compensation mit Schulden der Ehegatten auf die Forderungen des einen oder andern.

Grundsatz ist, daß weder die Frau aus den Schulden des Manns, noch der Mann aus den Schulden der Frau verpflichtet wird [16]). Von dieser Regel giebt es keine Ansnahme. Denn der Mann wird nicht durch die bloße Einwilligung in die Schuld der Frau verbindlich, noch entspringt für ihn aus den auf das Hauswesen bezüglichen Schulden der Frau eine Verpflichtung. Hat gleich der Ehemann nach den Grundsätzen des ehemännlichen Nießbrauchs oder der Errungenschaftsgemeinschaft derartige, ehegesellschaftliche Schulden als die seinigen anzuerkennen, so doch nicht nach römischem Dotalrecht, da wegen der Gütertrennung eine Geschäftsführung der Frau nicht vermuthet werden kann [17]).

Die Schulden des einen Ehegatten sind daher für den andern Schulden eines Dritten, und es findet bei der Compensation mit derselben, soweit nicht mit Rücksicht auf die Forderung, worauf compensirt werden soll, besondere Bestimmungen gelten, die Regel Anwendung, daß mit der Schuld des Dritten nicht compensirt werden kann. Hiernach gestaltet sich die Compensation in folgender Weise:

---

[16]) L. 1 und 3 C. ne uxor pro marito etc. (4, 12).

[17]) Zeitschr. f. Rechtspfl. in Braunschweig, Bd. 1. S. 187 fg.

a. Auf Forderungen des Manns können nicht die Schulden der Frau compensirt werden [18]).

b. Klagt der Mann die Forderung aus dem ihm oder der Frau geleisteten Mitgiftsversprechen ein, so ist die Compensation mit seinen, nicht aber mit den Schulden der Frau zuläſſig. Andererseits sind, wenn der Frau die Mitgift versprochen wurde, auf die von ihr gegen Kaution geltend gemachte Forderung nur ihre eigenen Schulden und nicht die Schulden des Manns compensabel.

c. Bei der Compensation auf Dotalforderungen hat man bisher, was die Compensation mit Schulden der Frau betrifft, nicht berücksichtigt, daß der Mann Cessionar der Dotalforderungen ist. Als Cessionar können dem Mann nicht blos seine eignen, sondern auch diejenigen Schulden der Frau aufgerechnet werden, welche zu der Zeit fällig waren, als der Schuldner durch den Mann von der Bestellung der Dotalforderung Kenntniß erhielt. Die Fälligkeit der Dotalforderung zu dieser Zeit ist nicht erforderlich, denn die Ansicht, welche zur Begründung der Compensation auf cedirte Forderungen die Fälligkeit derselben

---

[18]) Krug, §. 70, ist der Ansicht, daß Dotalschulden compensirt werden können. Welche Schulden sind darunter zu verstehen? Nach römischem Dotalrecht giebt es keine Dotalschulden. Richtig aber ist, daß nach dem System des ehemännlichen Nießbrauchs oder der Errungenschaftsgemeinschaft dem Mann auf seine Forderungen die auf das Hauswesen bezüglichen Schulden der Frau compensirt werden können, da ihn diese als Schuldner verpflichten. Vgl. für die Compensation bei ehemännlichem Nießbrauch: Preuß. A. L. R. §. 336. I. 16. in Verbindung mit §§. 321—328. II. 1.

Daß Lauterbach in seinem Colleg. th. pract. l. 16. t. 2. §. 9, wie Dernburg S. 403. Nr. 3 annimmt, ausgesprochen habe, bei der partikulären Gütergemeinschaft könnten dem Mann auf Prozeßforderungen nicht Schulden der Frau compensirt werden, läßt sich nicht behaupten. Lauterbach, der, wie alle Aeltere, die verschiedenen Gütersysteme gar nicht berücksichtigt, sagte ganz allgemein: petente marito, non potest reus objicere compensationem illius, quod ipsi debet uxor.

zur Zeit der Bekanntmachung der Cession verlangt, wird durch das Recht des Schuldners widerlegt, vor der Fälligkeit, wenn nicht das Gegentheil verabredet wurde, zu zahlen, woraus folgt, daß er vor der Fälligkeit der cedirten Forderung auch die Compensationseinrede hat, welche er dem Cessionar entgegen setzen kann.

Einer besondern Erwähnung bedarf noch die Compensation mit Schulden der Frau auf solche Dotalforderungen, welche sich in dem zur dos bestellten Vermögen der Frau befinden. Wird ein ganzes Vermögen als dos bestellt, so ist der Mann nicht Universalsuccessor, wie l. 72. pr. D. de jur. dot. (23, 3) mit den Worten bestimmt: „Paulus respondit: eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus ejus conveniri non posse.“

Die Schulden der Frau können daher dem Mann auf die Dotalforderungen nicht wie auf ererbte Forderungen zur Compensation gebracht werden. Auch aus dem, der eben gedachten Bestimmung hinzugefügten Schlußsatz, kann keine Befugniß des Gläubigers zur Compensation mit Schulden der Frau gefolgert werden. Paulus schließt nämlich seine Antwort auf die Frage: ob der Mann für die Schulden der Frau als Erbe hafte, mit der Bemerkung: „sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superesset, deducto aere alieno.“

Wäre damit gesagt, daß der Gläubiger das Recht habe, die Schulden von dem Vermögen abzuziehen, so würde daraus in Beziehung auf die gegen ihn zustehenden Forderungen zu folgern sein, daß er seine fällige Gegenforderung compensiren könne [19]), und man hat in der That jenes Recht dem Gläubiger beigelegt, indem man ihn für befugt erachtet hat, die Execution in der dos nachzusuchen. Indeß Paulus deutet nicht das

---

[19]) Nach Preuß. A. L. R. giebt es Schulden der Frau, wegen welcher der Gläubiger das eingebrachte Vermögen in Anspruch nehmen kann, z. B. vorehliche, §. 338. II. 1, deshalb kann er damit auf die eingebrachte Forderung compensiren. §. 336. I. 16.

Recht der Gläubiger, sondern das Recht der Frau gegen den Mann an. Er meint, es müsse bei Bestellung der dos der Begriff des Vermögens angewendet werden.

Aus dem Begriff des Vermögens folgt aber, daß die Dosbestellung unter dem stillschweigenden modus geschieht, der Mann solle die Frau gegen deren Gläubiger vertreten. Die Nichterfüllung des modus berechtigt entweder die Frau mit der actio praescriptis verbis auf Erfüllung zu klagen [20]), oder sie hat dasselbe Recht, welches ihr aus der Nichterfüllung eines ausdrücklichen modus zustehen würde, also das Recht mit der condictio ob causam datorum, so viel als zur Bezahlung der Schulden nöthig ist, von der dos zurückzufordern, oder, wenn der Mann auf Aushändigung der dos klagt, jene condictio als Exception geltend zu machen. Die Gläubiger dagegen haben nur die Befugniß, sich die Ansprüche der Frau im Wege der Execution überweisen zu lassen, falls ihnen nicht die Actio Pauliana zusteht.

Die in dem zur dos bestellten Vermögen befindlichen Forderungen sind also den einzelnen zur dos bestellten Forderungen hinsichtlich der Compensation mit Schulden der Frau ganz gleich zu stellen.

So lange nicht der Schuldner von der Bestellung der Dotalforderung benachrichtigt worden, kann die Frau die Dotalforderung einklagen, und alsdann ist auch die Compensation mit ihren, nicht aber mit den Schulden des Manns zulässig.

Wenn die Dotalforderung während der Ehe der Frau freiwillig restituirt wird, so geschieht dies durch Rückcession. Es können daher der Frau ihre eignen und solche Schulden des Manns compensirt werden, die bis zu der durch die Frau erfolgten Bekanntmachung der Rückcession fällig geworden sind.

Bei der wegen der Insolvenz des Manns eintretenden noth-

---

20) Vergl. l. 28. D. de donat. (39, 5).

wendigen Restitution ist der Zeitpunkt der Bekanntmachung der Restitution maßgebend.

Die Rückcession bei Aufhebung der Ehe geschieht ipso jure, ohne daß es einer Bekanntmachung bedarf, weßhalb der Schuldner nur die bis zur Aufhebung der Ehe fällige Gegenforderung an den Mann zur Compensation stellen kann.

d. Die Compensation mit Schulden des Manns auf Paraphernalforderungen, welche er als Bevollmächtigter geltend macht, ist unzulässig, weil auf Forderungen des Machtgebers nicht Schulden des Bevollmächtigten aufgerechnet werden können. Wohl aber ist die Compensation mit Schulden des Machtgebers zulässig und darum auch mit Schulden der Frau.

Dieselbe Compensationsbefugniß tritt ein, wenn die Frau selbst die Paraphernalforderung einklagt [21]).

---

[21]) Schulden des Manns können ihr auch dann nicht aufgerechnet werden, wenn sie gleichzeitig Schuldnerin des Manns ist. Fab. cod. def. l. IV. tit. 23. def. 16.

IV.

Ueber die Fassung der stipulatio ex operis novi nuntiatione.

Von

Herrn Dr. A. Ubbelohde zu Göttingen.

(Dieser Aufsatz, geschrieben im Dec. 1858, war zum Drucke übergeben, bevor die Aufsätze über die O. N. N. von Rudorff und von A. Schmidt im Jahrb. des gem. deutsch. Rechts Bd. 4. Hft. 1. u. 2. erschienen. Sie haben daher nur bei der Correctur berücksichtigt werden können.)

Es ist bekannt, daß derjenige, cui opus novum nuntiatum est, — abgesehen von dem Falle, wo die Nuntiation vorgenommen ist, um eine cautio damni infecti zu erzwingen [1]) — wenigstens bis zur Entscheidung über das Verhinderungsrecht des Nuntianten die Befugniß zum Weiterbauen sich dadurch zu verschaffen vermag, daß er dem Nuntianten Caution bestellt, eventuell das opus wegzuräumen [2]). Diese Caution ist eine besondre prätorische Stipulation, die man unter der Bezeichnung: stipulatio ex operis novi nuntiatione versteht.

---

[1]) L. 1. §. 17. D. de O. N. N. 39, 1.

[2]) Infolge der l. un. Cod. h. t. 8, 11 von Justinian soll dies freilich regelmäßig erst dann geschehen, wenn innerhalb dreier Monate nach der Nuntiation das Verbietungsrecht des Nuntianten noch unentschieden ist,

l. 6. §. 12. D. comm. divid. 10, 3. (Ulpian.) Ursejus ait, quum in communi aedificio vicinus nuntiavit, ne quid operis fieret, si unus ex sociis ex hac caussa damnatus fuisset, posse eam poenam a socio pro parte servare. Julianus autem recte notat, ita demum hoc verum esse, si interfuit aedium hoc fieri.

Es wird das zuletzt Gesagte recht klar durch den schon vorhin angezogenen Gegensatz der cautio damni infecti. Hier haftet der Cavent nicht wegen seiner Handlung, sondern als Vertreter eines Grundstücks und daher nur nach Verhältniß seines Eigenthumsantheiles an demselben. Deßhalb hat er aber auch, sofern er nicht etwa als negotiorum gestor aufgetreten sein sollte, keinen Regreß gegen die Miteigenthümer, falls er in solidum Caution bestellt hat.

L. 6. cit. §. 7. D. comm. divid. 10, 3. — Si damni infecti in solidum pro aedibus [17]) caveris, Labeo ait, communi dividundo judicium tibi non esse: quum necesse tibi non fuerit in solidum cavere, sed sufficere pro parte tua. Quae sententia vera est.

Während es also nach der bisherigen Darstellung stets ausreicht, daß einer der mehreren Nuntiaten dem gemeinsamen Nun-

---

te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio: quia id venit in stipulationem, quod mea interest. l. 3. D. si quis in jus vocat. 2, 5. l. 5. §. 1. l. 9. §. 1. D. si quis caut. 2, 11. u. s. w. vgl. jedoch l. 15. D. de transact. 2, 15. (Paull.) Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subjici solet: sed consultius est, huic poenalem quoque stipulationem subjungere: quia, rescisso forte pacto, poena ex stipulatu peti potest. s. pr. J. de V. O. 3, 15.

[17]) So ist ohne Zweifel mit Note † der Kriegel'schen Ausgabe zu lesen statt des in der Florentina nach Brencmann enthaltenen praedus, das gar keinen, und des in der ed. Taurell. daraus gemachten praedibus, das einen durchaus schiefen Sinn giebt. Denn, abgesehen davon, daß die vindicatio sacramento der einzige uns bekannte Fall ist, in dem einer Privatperson praedes gestellt werden, ist ja die damni infecti cautio des Eigenthümers eine nuda promissio.

tianten cavirt: ist es im umgekehrten Falle nicht immer genügend, daß der Nuntiat einem der mehreren Nuntianten die eventuelle Wegräumung des opus zusichere.

Labeo war der Ansicht, zunächst müsse eine Uebereinkunft der Nuntianten dahin versucht werden, daß einem von ihnen cavirt werde. Könne man sich aber darüber nicht einigen, so müsse ihnen allen cavirt werden. — In beiden Fällen hat Labeo zuvörderst nur die Stipulation auf die operis restitutio im Auge gehabt, wie dies theils durch den Gegensatz der im §. 7 verhandelten Form auf quanti ea res erit, theils daraus erhellt, daß jene Fassung die ursprüngliche und regelmäßige gewesen zu sein scheint [18]). In der That dürfte der vorgeschlagene Weg beiderseits gut zum Ziele führen. Ist nämlich die Caution allen geleistet, so kann jeder einzelne daraus klagen; wird darauf das opus wirklich weggeräumt, so sind sie alle klaglos gestellt; kömmt es hingegen zur Condemnation, so muß jedem sein besonderes Interesse, nicht der Werthbetrag des ganzen opus, gezahlt werden. Das Letztere ergiebt die Analogie der confessoria actio mehrerer Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks.

L. 4. §. 3. D. si serv. vind. 8, 5. (Ulpian.) Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio —: sed in aestimationem id, quod interest, veniet, scilicet, quod ejus interest, qui experietur. Itaque de jure quidem ipso singuli experientur, et victoria et aliis proderit; aestimatio autem ad quod ejus interest revocabitur etc. [19]).

Ist dagegen übereinkunftsmäßig nur einem der Nuntianten cavirt, so bleibt es zwar mit der Naturalrestitution ebenso; was aber die Geldcondemnation anbetrifft, so muß hier dem Stipu-

---

[18]) S. l. 2. §. 1. D. de praet. stip. 46, 5. cit. l. 21. §. 4. §. 7. h. t. cit. — Vgl. Schirmer a. a. O. S. 84.

[19]) Vgl. auch l. 25. §. 9. D. fam. erciso. 10, 2.

lator, der kraft des ihm gegebenen Auftrags sämmtliche Nuntianten vertritt und deßhalb auch ihnen Allen verhältnißmäßige Antheile des infolge der Klage Erhaltenen herauszugeben hat, nicht blos sein besonderes Interesse an der Wegräumung des opus, sondern der volle Betrag des Gesammtinteresse der Nuntianten gezahlt werden.

Wählten aber, beim Mangel einer Einigung über die Leistung der Caution an einen von ihnen, die Nuntianten, deren nunmehr also jeder stipulirt, die Fassung der Stipulation auf quanti ea res erit: so kann es zweifelhaft werden, ob damit das Einzelinteresse eines jeden Stipulators, oder aber das Gesammtinteresse der Nuntianten am opus gemeint sei. Deßhalb, sagt Labeo, müsse, falls sie jener Fassung den Vorzug gegeben haben, die Beziehung des quanti ea res erit auf das Interesse der einzelnen Stipulatoren durch einen besondern Zusatz ausgedrückt werden.

Hat man sich indessen, fügt endlich Ulpian noch bei, über die Person des Stipulators geeinigt, so daß nun diesem allein cavirt worden ist, so läßt es sich sehr wohl rechtfertigen, daß der hier schlechthin gebrauchte Ausdruck: quanti ea res erit auf das Gesammtinteresse der Nuntianten an der Wegräumung des opus bezogen werde.

Uebrigens ist der Wortlaut gerade des zuletzt besprochenen §. 7 besonders geeignet, unsre obige Interpretation des §. 4. l. 21. cit. zu bestätigen. Wenn es nämlich hier heißt:

— ut tantum praestetur, quanti uniuscujusque intersit, si hoc maluerint —

so beweist die angewandte Pluralform ohne weiteres, daß die Worte: si hoc maluerint nicht Worte der, auf das Interesse des einzelnen Nuntianten abgestellten, Stipulation sind. Die darin ausgedrückte Wahl kann also nur auf verschiedene Stipulationsformulare gerichtet sein. Nun aber liegt es doch gewiß unabweislich nahe dem: si hoc petitori placuerit des §. 4 die gleiche Bedeutung mit dem si hoc maluerint des §. 7 zuzu-

schreiben; es also gleichfalls nicht als Theil der Caution, sondern als Ausdruck für die Wahl unter den mehreren Cautionsformularen aufzufassen.

Von dieser Annahme eines zwiefachen Formulares aus erscheint nun auch der §. 1. l. 2. cit. D. de praet. stip. 46, 5. von einem Vorwurfe frei, der sonst seine Darstellungsweise treffen müsse. Falls nämlich die cautio ex operis novi nuntiatione ausschließlich auf die operis restitutio gerichtet werden könnte, so würde Paullus sich hier einer höchst überflüssigen Wiederholung schuldig machen, indem er als Beispiel einer praetoria stipulatio auf ein restituere diese Stipulation nicht blos namentlich anführt, — wie es gleich darauf im §. 2 bei der Aufzählung mehrerer Cautionen auf eine incerta quantitas bleibt —, sondern ihre Fassung auf die operis restitutio obendrein angiebt, die sich ja dann von selbst verstanden hätte. So aber ist jener Zusatz nothwendig; und nun heißt es: Zu den Cautionen auf die rei restitutio gehört diejenige Stipulation ex operis novi nuntiatione, in welcher die restitutio operis versprochen wird.

Die beiden Formulare würden demnach etwa so zu denken sein:

1) auf die rei restitutio:

Quod opus novum, quo de agitur, a te heredibusve tuis vel ceteris successoribus intra annum factum erit, id, si non jure factum esse judicatum erit, aut si res arbitratu boni viri defensa non erit, a te heredibusve tuis restitui, dolumque malum abesse abfuturumque esse spondes?

2) auf incerta quantitas:

Quod opus novum, quo de agitur, a te heredibusve tuis vel ceteris successoribus intra annum factum erit, id, si non jure factum esse judicatum erit, aut si res arbitratu boni viri defensa non erit, restitui, aut, si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam a te heredibusve tuis dari, dolumque malum abesse abfuturumque esse spondes?

Die praktische Bedeutung dieses zwiefachen Formulares liegt wesentlich in der Theilbarkeit der aus dem einen und der Untheilbarkeit der aus dem andern entspringenden Klage. Allein zu einem Eingehen darauf ist hier nicht der Raum: es würde dasselbe eine erschöpfende Untersuchung der Lehre von der Theilbarkeit der Obligationen überhaupt und der prätorischen Stipulationen insbesondre erfordern. Wie verwirrt aber noch heutzutage diese Lehren sind, das wird jeder Kenner derselben wissen. — So mag es denn für unsere Abhandlung, neben einer allgemeinen Verweisung auf eine demnächstige Aufklärung des berührten Gebietes, für jetzt genügen zu bemerken, daß der Gegensatz der beiden Cautionsformulare ex operis novi nuntiatione im engsten Zusammenhange mit der Untersuchung über die Theilbarkeit der Klagansprüche aus beiden erwähnt zu sein scheint in der l. 4. §. 2. D. de V. O. 45, 1.

(Paull. lib. 12. ad Sabinum.) Si is, qui duplum stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis: unusquisque ob evictionem suae partis pro portione sua habebit actionem. Idemque est in stipulatione quoque fructuaria et damni infecti et ex operis novi nuntiatione: restitui tamen opus ex operis novi nuntiatione pro parte non potest. Haec utilitatis causa ex parte stipulatorum recepta sunt. Ipsi autem promissori pro parte neque restitutio neque defensio contingere potest.

VI.

Erklärung des fr. 29. §. 1. D. depositi (16, 3).

Zinsen bei dem Depositum.

Von
Herrn Emmerich,
ehemaligem Landgerichts-Assessor.

Darin ist man einverstanden, daß die obige von Paulus herrührende und also lautende Stelle:

Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei judiciis usuras eo nomine praestare mihi cogitur

nicht so zu verstehen sei, als ob selbst der durch den Depositar verstattete Gebrauch des deponirten Geldes zu Zinsen verpflichte, weil dieß der Natur des Depositums und den bestimmtesten Gesetzen widerstreiten würde. Man supplirt daher gewöhnlich ex mora, oder ex pacto (cf. Holzschuher's Civilrecht Bd. 2. Abth. 2. S. 530) um den (vermeintlichen) Widerspruch dieser Stelle mit anderen Stellen zu lösen. Dagegen hat sich nun Huschke (in der Zeitschr. für Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 2. S. 151) erklärt, indem er vorschlägt, statt ex permissu zu lesen

impermissu. Allein diese Conjectur wird wohl schwerlich gebilligt werden können, nicht blos darum, weil impermissus in unseren Gesetzen gar nicht, und selbst bei Horaz nur als Adjectiv vorkommt, sondern weil auch eine Textesänderung ganz unnöthig ist, die obige Stelle vielmehr auch ohne solche einen richtigen Sinn hat.

Wenn nämlich die obige Stelle besagen sollte, der Depositar müsse von dem ex permissu gebrauchten Gelde Zinsen bezahlen, so würde mihi überflüssig sein, weil es ja gewiß ist, wem die Zinsen zu bezahlen sind. Da aber nicht angenommen werden darf, daß mihi überflüssig sei, so bleibt nur die Annahme übrig, daß auf mihi der Nachdruck liege. Ist dies aber der Fall, so bezieht sich ex permissu nicht auf utatur, sondern auf deposita pecunia und die obige Stelle sagt also nur, daß wenn der Depositar die mit meinem Willen (freiwillig) deponirte Summe gebraucht, er Zinsen bezahlen müsse, was den gesetzlichen Bestimmungen über Depositum ganz gemäß ist, da hiernach der Depositar Zinsen bezahlen muß, wenn er ohne Erlaubniß des Deponenten das deponirte Geld in seinen Nutzen verwendet hat. (Furtum autem fit, cum quis alienam rem invito domino contrectat, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur. §. 6. J. de obl. quasi ex del. 4, 1. Si depositi experiaris, non immerito usuras tibi restitui flagitabis, cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoscium. c. 3. C. depositi.) Das inivito me oder sine permissu meo muß hier freilich supplirt werden, allein es ist dieß hier nichts besonderes, denn vorerst wird in dem obiger Stelle vorausgehenden Satze, also unmittelbar vorher von dem Falle gehandelt, wenn der Depositar invito domino das deponirte Geld gebraucht hat. Sodann versteht sich das invito domino ohnehin von selbst, weil die Erlaubniß nicht vermuthet wird. Ferner wird auch in der c. 4. C. depositi gesagt, si pecunia deposita is, qui eam suscepit, usus est, non dubium est, etiam usuras debere praestare, ohne daß das invito domino beigesetzt

worden ist, was aber auch hier supplirt werden muß, wie Vogt (comm. ad Pand. 16, 3. §. 6) und Donell (ad c. 4. C. depos.) noch gezeigt haben.

Uebrigens kann man auch ganz davon absehen, daß Paulus von dem Falle rede, wo der Depositar invito domino das deponirte Geld in seinen Nutzen verwendet hat, ohne daß eine Textesänderung nothwendig wird. Denn am wahrscheinlichsten ist es, daß in obiger Stelle die Zinsverbindlichkeit nicht sowohl aus dem Depositionsvertrag als vielmehr aus dem Mandatvertrag hergeleitet wird. Der Ausdruck penes quem ist nämlich, wie im fr. 65. D. de V. S. 50, 16 gesagt wird, amplius, quam apud, nam apud te est, quod a te tenetur, penes te, quod possidetur. Die ex permissu meo penes quem deposita pecunia ist also Geld, das freiwillig einem Dritten dergestalt übergeben worden ist, daß dieser nicht, wie bei der gewöhnlichen Deposition blos die Detention, sondern vielmehr den Besitz erhalten hat. Da aber von dem, der Geld deponirt, an dem einem Anderen kein Recht zusteht, nicht gesagt werden kann, daß er ex permissu suo Geld deponire, so ist der Depositar hier nothwendig ein Sequester, dem in Folge eines Vertrags zweier noch nicht streitender Theile der Besitz des Geldes bis zur Beendigung ihres künftigen Rechtsstreits überlassen worden ist. Als Besitzer des deponirten Geldes hat nun aber der Depositar die Verwaltung desselben und, da in dem Falle, wo dem Sequester die Verwaltung des deponirten Geldes übertragen worden ist, das Depositum in seinen Mandatsvertrag übergeht (Glück's Pand. Bd. 15. S. 235), so ist im Fragefall der Depositar eigentlich ein Mandatar. Als solcher muß er bekanntlich Zinsen entrichten, wenn er Geld seines Mandanten benutzt (quod si pecuniam ad usus suos convertit, fr. 10. §. 3. D. 17, 1), während auch der Mandatsvertrag zu der bonae fidei judiciis gehört, von denen Paulus in obiger Stelle redet.

VII.

Erklärung des fr. unic. D. furt. edv. naut. 47, 5.

Verpflichtung des Wirths zur Aufnahme des Gast's.

Von

Herrn Emmerich,
ehemaligem Landgerichts-Assessor.

In der obigen Stelle sagt Ulpian:

caupo praestat factum eorum, qui in caupona ejus cauponae exercendae causa ibi sunt, item eorum, qui habetandi causa ibi sunt. Viatorum autem factum non praestat, namque viatorem sibi eligere caupo non videtur, nec repellere potest iter agentes, inhabitatores ipse quodammodo elegit, qui non rejecit.

Da aber Ulpian im fr. 1. §. 1. D. naut. caup. (4, 9) ganz allgemein die schon von Cicero in seiner vierten Rede gegen Verres vertheidigte Regel:

est in ipsorum (cauponum) arbitrio, ne quem recipient

ohne alle Beschränkung aufstellt, so hat man seither die verschiedenartigsten Wege eingeschlagen, um beide Stellen in Einklang mit einander zu bringen. Guyet hat im Arch. für civ. Pr. Bd. 17. S. 42 ff. die früheren Erklärungsarten mitgetheilt und deren Unhaltbarkeit nachgezeigt, zugleich aber auch eine neue Ansicht entwickelt. Er meint nämlich, obige Stelle bestimme, daß der

Wirth jeden Gast aufnehmen müsse, der nur auf kurze Zeit zur Befriedigung eines Bedürfnisses im Wirthshaus verweilen wolle (iter agentes), die übrigen Gäste aber zurückweisen dürfe. Allein auch diese Interpretation scheint mir nicht die richtige zu sein.

Ulpian unterscheidet in dem obigen Fragmente diejenigen Gäste, qui habitandi causa in seinem Hause sich befinden, von denen, die bloße viatores sind. Von den Ersteren sagt er: caupo, qui eos non rejecit, quodammodo elegit, woraus folgt, daß der Wirth solche Gäste zurückweisen könne, wie auch Guyet anerkennt. Von den viatores aber sagt Gajus in fr. 5. D. 4, 9: caupo mercedem accipit, ut viatores in caupona patiatur, was erlauben heißt, weil gleich darauf vom stabularius gesagt wird, derselbe erhalte mercedem, ut permittat jumenta apud eum stabulari. Es liegen also drei Stellen vor, welche dem Grundsatz huldigen, daß der Wirth zum Abschluß eines Mieth- und Kaufvertrags nicht gezwungen werden könne, also den Gast nicht aufzunehmen brauche, und welche die beiden Arten der Gäste, den habitator und viator betreffen. Es leuchtet daher ein, daß das nec repellere potest einen anderen Sinn haben müsse, als den, der Wirth dürfe die iter agentes nicht zurückweisen. Es läßt sich aber auch nachzeigen, daß dies wirklich der Fall ist. Posse kommt nämlich in der Bedeutung von debere vor im fr. 4. D. 28, 2. und als sine incommodo posse im fr. 125. D. 48, 16. Daß aber eine dieser Bedeutungen hier angenommen werden müßte, das zeigt der Grund, der für die Nichthaftbarkeit des Wirths für die Handlungen die Viator's angeführt wird: viatorem sibi eligere caupo non videtur. Denn hieraus geht hervor, daß der caupo auch viatorem eligere potest, weil sonst nicht hätte gesagt werden können, der Wirth scheine den viator nicht zu wählen, sondern hätte gesagt werden müssen, der Wirth dürfe nicht wählen. Von einem, von dem man sagen kann, er scheine nicht zu wählen, muß man auch sagen, er dürfe wählen, nam cujus est velle, etiam est ejus nolle.

VIII.

Erklärung des fr. 20. D. de contr. emt. 18, 1.

Kauf eines aus fremdem Stoff zu verfertigenden Werks.

Von
Herrn Emmerich,
ehemaligem Landgerichts-Assessor.

In der obigen Stelle, die also lautet:

Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam veluti statuam, vel vas aliquid, seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emtionem videri

hat das Wort etiam Anstoß gegeben. Huschke (Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 4. S. 282.) schlägt vor, statt etiam zu lesen alienam. Arndts dagegen, der mit Recht dies tadelt, will statt etiam die Worte et dari einschalten (ibid. Bd. 8. S. 88). Inzwischen kann von einer verdorbenen Leseart im Fragefall gar nicht die Rede sein, da die in allen Ausgaben der Pandecten vorkommende Leseart etiam einen richtigen Sinn giebt und es kann daher zu der letzten Zuflucht eines critischen Gesetzesauslegers, der Verbesserung der Leseart nicht geschritten werden. Ut bedeutet unter anderen „gesetzt, daß," „angenommen, daß," „wenn auch." In dieser Bedeutung kommt es in den rein juristischen Reden Ciceros für Quinctius c. 4. §. 4, gegen Verres II, c. 47. §. 112 u. s. w. vor. Diese Bedeutung hat ut mitunter auch in den Quellen selbst, wie z. B. im fr. 10. c. f. D. 3, 5. Man kann also das Wort etiam recht gut beibehalten, mag man nun dasselbe in der gewöhnlichen Bedeutung „auch" nehmen, oder darin, wie z. B. in dem etiamsi (dem sogar wenn auch) eine Steigerung finden, namentlich, wie dies oft der Fall ist, mit adeo für gleichbedeutend halten. Der Sinn der obigen Stelle ist klar und wird durch das Wort etiam nicht geändert. Darum darf denn auch nicht emondirt werden.

IX.

Erklärung des fr. 8. D. de serv. praed. urb. 8, 2.

Verbot der Demolition einer gemeinschaftlichen paries.

Von

Herrn Emmerich,

ehemaligem Landgerichts-Assessor.

Die fr. 12. D. 10, 3. und 35, 36, 37. D. 39, 2 bestimmen, daß der Miteigenthümer die gemeinschaftliche Wand niederreißen dürfe, wenn die paries ad onera ferenda idoneus nicht mehr sei, solche aber wieder aufbauen müsse. Es scheint daher diesen Gesetzen die obige von Gajus herrührende Stelle zu widersprechen, da sie sagt:

parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi et eum reficiendi jus non est, quia solus dominas non est

die Glosse schaltet deßhalb bei jus das Wort servitutis ein und läßt nun diese Stelle besagen, daß ex jure servitutis der Nachbar die Wand nicht demoliren und wiederherstellen dürfe. Ganz dieselbe Ansicht theilen denn auch neuere Juristen, wie Holz-

schuher in seinem Civilrecht Bd. 2, Abth. 1. S. 74 angemerkt hat. Inzwischen ist diese Erklärung offenbar unrichtig und zwar aus mehr, wie einem Grunde.

Eine servitus demoliendi et reficiendi parietem communem kann es nicht geben, weil ein solches Recht den obersten Grundsätzen, die bei den Servituten gelten, daß nämlich ein vernünftiges Interesse zu Grunde liege, das Recht eine causa perpetua haben müsse, jedem Besitzer das praedii dominantis zum Nutzen gereiche u. s. w. geradezu widerspricht, und weil ferner das Niederreißen eines noch dauerhaften Bauwerks verboten war, weil weiter der Berechtigte, der sonst nur die Hälfte der Baukosten zu tragen hatte, alle Baukosten übernehmen mußte u. s. w. An eine servitus operis ferendi et tigni immittendi läßt sich aber auch nicht denken, weil alsdann die paries eine alienus ist, da alles immittirte Baumaterial, insoweit es immittirt wird, Eigenthum des Nachbars wird. Zudem ist es auch nicht denkbar, daß Gajus etwas gelehrt habe, was sich so sehr von selbst versteht.

Uebrigens liegt auch nicht der geringste Widerspruch zwischen dem fr. 8. cit. und den übrigen allegirten Gesetzesstellen vor, da Gajus offenbar nicht von einer solchen Wand redet, deren die anderen Fragmente gedenken. Um so weniger kann also das Wort servitutis supplirt werden.

Die Entscheidung in obiger Stelle, daß der Miteigenthümer die gemeinschaftliche Wand nicht demoliren, aber auch nicht wieder repariren (?) dürfe, wird von Gajus durch die Bemerkung motivirt: quia non solus dominus est. Diese Entscheidung paßt also nicht auf eine communis paries im Sinne der anderen Fragmente, weil bei einer gewöhnlichen Wand sowohl nach der Natur der Sache, als nach den bestimmtesten Gesetzen der Miteigenthümer (und Nachbar) ob damnum infectum unbestritten die nicht mehr taugliche Wand niederreißen, wiederaufbauen und die Hälfte der Reparaturkosten von seinem Miteigenthümer einklagen kann. Man muß deßhalb an eine andere paries denken

und zwar an eine paries, die nicht ad onera ferenda bestimmt ist, zumal von der paries in obiger Stelle gar nicht gesagt worden ist, daß sie hierzu bestimmt gewesen sei, wie doch in den anderen Stellen geschehen ist, und weil der Beisatz qui naturali ratione communis est uns zwingt, an eine ganz verschiedene Wand zu denken. Welche andere Wand nun aber in obiger Stelle gemeint sei, darauf weißt uns der Ausdruck naturali ratione communis hin, wodurch die paries von anderen Wänden unterschieden wird und unterschieden werden soll. Ist nämlich die paries des fr. 8 nicht ad onera ferenda bestimmt gewesen, so kann sie begreiflicher Weise nur die beiderseitigen praedia, nicht aber die Gebäude selbst geschieden haben. Zwischen diesen praediis war nun das s. g. confinium, ein Platz von fünf Fußen in der Breite und auf solchem pflegten theils auf, theils bei der Gränze die Römer Bäume, Weinreben, Rosen anzupflanzen und ganze Weidengebüsche anzulegen, wie aus den Titeln der Pandecten de arboribus caedendis und arborum furtim caesarum (43, 28 und 47, 7) hervorgeht. Diese Bäume waren aber naturali ratione gemeinschaftlich, mochten sie nun auf, oder bei der Gränze stehen (§. 31. J. de rer. div. fr. 7. §. 13. D. de acquir. rer. dom. fr. 19. D. comm. div. fr. 83. D. pro socio) und wurden, wenn sie zusammengewachsen waren, paries genannt, gerade wie wir von einer Taxuswand u. dgl. reden. In dieser Bedeutung kommt paries namentlich bei Plinius vor, wie jedes Lexicon ergibt. Eine solche paries war nun aber offenbar die paries, von der unser Fragment redet, da es außer dieser paries naturali ratione communis und den parietes ad onera ferenda weiter parietes communes nicht geben konnte und nicht gab. Nur bei einer solchen paries konnte selbstverständlich der Miteigenthümer nicht allein das Recht der Demolition ausüben, weil keine, oder doch keine dringende Gefahr, wie bei einer paries ad onera ferenda vorhanden sein und weil der Miteigenthümer, der sie demolirte, sie nicht wieder herstellen konnte.

Es bleibt hiernach nur noch übrig, die Bestimmung zu erklären, daß keiner der Miteigenthümer das Recht haben solle, für sich allein parietem reficiendi. Diese Erklärung erfolgt aber schon durch einen Strich, den man dem C in dem Worte reficiendi beifügt, und so aus dem C ein G macht, also refigiendi (losreißen) liest. Anders kann man nicht lesen, weil sonst obige Stelle baaren Unsinn enthält. Denn Unsinn wäre es, wenn sogar die Reparatur der gemeinschaftlichen Wand verboten wäre; an einen solchen Unsinn kann man schon darum nicht denken, weil die bestimmtesten Gesetze die Reperatur erlauben und die Reparaturkosten sogar mit besonderen Vorzügen bedacht haben.

X.

Erklärung des fr. 17. pr. D. de serv. praed. urban. 8, 5.

Die actio negatoria gegen ein projectum an der gemeinschaftlichen Wand.

Von

Herrn Emmerich,

ehemaligem Landgerichts-Assessor.

In dem obigen Fragmente sagt Alfenus:
Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet, jus non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se.

Man versteht diese Stelle von dem Falle, wenn sich die Wand des Nachbars gesenkt hat, weil schon dies als Anmaßung einer servitus projiciendi angesehen werden müsse. (Glück's Pand. Comm. Bd. 10. S. 72. Holzschuher's Civilrecht. Bd. II. Abth. 1. S. 75). Inzwischen ist diese Ansicht nichts weniger, wie richtig.

Daß nämlich von einer gemeinschaftlichen Wand die Rede sei, geht daraus hervor, daß gerade bis auf einen halben Schuh projicirt werden darf. Denn bei gemeinschaftlichen Wänden mußte

jeder Nachbar semipedem conferre, wie aus fr. 52. §. 13. D. pro socio 17, 2 hervorgeht, wo es heißt: si vicini semipedes inter se contulerint, ut ibi parietem inter se aedificarent. Außerdem kann von einer Wand inter binas aedes, von der nicht gesagt wird, daß sie einem Nachbar allein gehöre, nur angenommen werden, daß sie gemeinschaftlich sei.

An eine Wand, die sich gesenkt hat, kann man darum nicht denken, weil wegen des projectums die negatoria angestellt werden soll, nicht aber die wegen einer solchen Wand gegebene damni infecti actio. Denn die negatoria kann doch gegen den nicht gehen, ohne dessen Schuld die Wand sich gesenkt hat, und der sich also eine Servitut nicht anmaßt. Die negatoria kann auch nicht auf etwas Unmögliches gerichtet werden, nämlich auf Caution, daß die neue Wand sich niemals senken werde, und eben so wenig kann man sagen, daß die Gefahr des Einsturzes einer Wand, die sich gesenkt hat, nach Zollen abgemessen werden könne. An eine Wand, die sich gesenkt hat, kann man aber auch darum nicht denken, weil paries projectus nur eine Wand ist, die in Folge des Erbauens, nicht aber in Folge ihres Senkens hervorragt, da projectum immer etwas Erbautes ist. Solcher projecta an einer gemeinschaftlichen Wand müßte es mancherlei geben, weil die Römer Nischen und Aushöhlungen, Wasser und Rauchröhren u. dgl. in den Wänden anbrachten (fr. 13. pr. fr. 19. pr. D. 8, 2. fr. 40. D. eod.). An eine Wand, die sich gesenkt hat, kann man endlich auch darum nicht denken, weil im fr. 14. pr. D. 8, 5 bemerkt ist: si paries communis opere abs te facto in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere, jus tibi non esse, parietem illum ita habere, woraus folgt, daß gar nichts darauf ankommt, um wie viele Zolle sich die Wand gesenkt hat, und daß bei einer Wand, die sich gesenkt hat, nicht dahin geklagt werden kann, parietem ita projectum esse, sondern dahin, parietem ita habere.

XI.

Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen.

Von

Herrn Dr. Hermann Bischof.

(Fortsetzung der Abh. V im vorigen Hefte.)

Drittes Capitel.

(Schluß des III. Cap.)

Verhältniß des Richters zu dem objectiven Begriffe der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen.

Die dritte gefährliche Consequenz des gegnerischen Systemes ist die Nothwendigkeit, eine Entscheidung von Fragen, welche in nicht seltenen Fällen die Existenz und die höchsten Güter des Staates bedingen, Justizbeamten anzuvertrauen, welche oft nicht die genügende Einsicht zur Beurtheilung staatsrechtlicher Fragen haben. Zwar wendet man hiegegen ein, daß durch den Rekurs an die höhern Höfe dem Uebelstande abgeholfen werde; allein selbst

v. Mohl kann nicht unerwähnt lassen, daß in einzelnen Fällen ja der niederste Friedensrichter die erste und letzte Instanz bilde. In diesem Sinne möchte besonders an Bluntschlis Worte erinnert werden, „daß die Gerichte in ihrer jetzigen Gestalt vorzugsweise zur Erkenntniß privatrechtlicher Normen und Rechtsverhältnisse berufen und vorzugsweise geneigt sind, auf formell-logische Elemente den Nachdruck zu legen, während es sich hier gerade häufig um die wichtigsten staatsrechtlichen Interessen und die allgemeine Wohlfahrt handelt, die zu erkennen und zu fördern Aufgabe des Gesetzgebers ist." [1])

Weniger bedeutend und mehr indirecter Natur scheint eine vierte Folgerung zu sein, welche vorzüglich in den „Beiträgen zum constitutionellen deutschen Staatsrecht" [2]) hervorgehoben wird. Bei der Zweifelsucht, worin viele unserer Zeitgenossen, der Staatsregierung gegenüber, ein Verdienst suchen, öfters vielleicht blos, weil sie auf diesem Wege Bedeutung zu erlangen und Aufsehen zu erregen glauben, möchten nämlich die Fälle zu den selteneren gehören, wo eine Verordnung der erwähnten Art, hinsichtlich ihrer Giltigkeit, ganz unangefochten bliebe, sobald man den Gerichten eine Competenz hierüber einräumen müßte. Hieraus wird sodann auf die immensen Arbeiten der Landstände geschlossen, welche alle diese Beanstandungen prüfen sollen, auf die für das Land erwachsenden Kosten und das Peinliche des beständigen Kampfes gegen die höchste Staatsgewalt.

Destriveaux behauptet endlich in seinem traité du droit publique, [3]) daß, wenn man mittelst einer Staatsgewalt eine andere unterjochen könnte, Usurpation entstünde und das

---

1) Allgemeines Staats-R. I. S. 193.

2) A. a. O., 2. Hft. S. 24. (Abgedruckt aus Nr. 2 der deut. Vaterlandszeitung).

3) I. 74.

Ende dieser Verwirrung Despotismus wäre. Hier ist zu bemerken, daß zwar von der Möglichkeit eines bewußten Mißbrauchs nicht auf die Gefährlichkeit einer Theorie geschlossen werden kann, da Mißbrauch in solchem Sinne überall zu befürchten ist. Wenn aber der Mißbrauch ein naiver ist und sich das subjektive Bewußtsein des Richters vindicirt, kann und muß er verhütet werden. In unserem Falle kann nun allerdings nicht geläugnet werden, daß sich die richterliche über die gesetzgebende Gewalt stellt. Eine Usurpation liegt vor: aber der Richter behauptet deren Verfassungsmäßigkeit. Das Unrecht ist somit in der That ein naives und geeignet, in seiner Consequenz die Widerlegung des Hauptdogmas zu begründen. Daß aber durch die gefürchtete Verwirrung Despotismus entstehen muß, ist unbestreitbar. Die Urtheile der Gerichte, oft der niedersten, sind ja durch Souverän und Landstände unanfechtbar. Dazu kömmt die Unverantwortlichkeit des Richters, welcher sich auf sein Gewissen stützt, und beseitigt die subjective Gefährlichkeit der Usurpation. „Die erkämpfte Herrschaft dieses Princips der Staatsdiener-Souveränität könnte leicht die jetzt Jubelnden zu spät aus dem Traum von der herrlichen Haltung der Behörden wecken und ihnen zu spät klar machen, daß gegen Beamtenherrschaft das systematisch entkräftigte Ansehen der Krone nicht Schutz, noch Schirm verleiht“ [1]).

An diesem Orte möchte man sich vielleicht an das Institut des Cassationshofes erinnern. v. Mohl schlägt den Belgiern vor, jener Justizstelle die Schlichtung aller aus unserer Hauptfrage entstehenden Streitigkeiten zu übertragen und so die erwähnten Besorgnisse zu beseitigen. — In der That behauptet Stahl [2]) für Frankreich eine wenn nicht ganz aufgehobene, so in jedem Falle gemilderte praktische Gefährlichkeit der gegnerischen Lehre und stützt sich auf die Einrichtung des Staatsanwalts und Cassationshofes, welcher letztere auch in diesem

[1]) Martin, a. a. O., I. 22. Note 8.
[2]) A. a. O., S. 679.

Falle meist eine gleichmäßge Praxis übt und so gewissermaßen hiefür die Stelle eines Staatsgerichtshofes vertritt.

Da aber in Kurhessen das O.-A.-Gericht zugleich als Staatsgerichts- und Cassationshof fungirt, so ist schon aus der erwähnten Thatsache gegenüber den Wirren von 1850 leicht einzusehen, wie gering jene Milderung angesehen werden muß. Der Zweck eines Staatsgerichtshofes ist der ganz specielle, Streitigkeiten zwischen Regirung und Landständen zu entscheiden. Ueberträgt man nun dieses Geschäft dem Cassationshof, so wird der Staatsgerichtshof überflüssig. Der Unterschied, welcher diese Uebertragung kennzeichnet, ist die Unvereinbarkeit eines in fraglicher Beziehung competenten Cassationshofes mit dem monarchischen Princip und mit einem gesunden Staatsorganismus überhaupt. Letzterer Vorwuf braucht nicht mehr erörtert zu werden, da die Beweisgrüude die nämlichen sind, welche die gleiche Einrede der fraglichen Competenz des gewöhnlichen Civilrichters gegenüber aufrecht erhalten und somit den Gegenstand unserer ganzen Abhandlung bilden. Die Einrede fällt gagegen weg beim Staatsgerichtshofe, wie gleichfalls an einem andern Orte nachgewiesen wurde.

Ueberschaut man diese Resultate, so dürfte gegen v. Mohl ein doppelter Einwand gemacht werden.

v. Mohl [1]) sagt fürs Erste: Wenn eine noch so richtige Kette von Schlüssen im Leben die Auflösung des Staates herbei führen würde, so dürfe es vernünftigerweise nicht heißen: fiat syllogismus, pereat mundus! sondern es habe wie der Staatsmann, so auch jeder verständige einfache Bürger nur die Wahl, entweder der Schlußfolge an der Stelle die Spitze abzubrechen, wo sie anfängt, gefährlich zu werden, oder aber den obersten Satz zu ändern und dann also auch zu andern Folgerungen zu gelangen. „Es ist unvernünftig, der Theorie die Wirklichkeit zu opfern; und eine Staatseinrichtung, welche die

---

[1]) Ueber die rechtl. Bedeutung ꝛc. A. a. O. S. 137.

Grundlage des ganzen Zusammenlebens, die Rechtssicherheit, tief und unbestimmt weit erschüttern könnte, darf nicht zugelassen werden, welcherlei Vordersätze auch für sie sprechen." [1])

Für's Zweite betrachtet v. Mohl diese „praktische Zurückweisung keineswegs als eine schließliche Entscheidung." [2])

Gegen den zweiten Satz läßt sich Nichts bemerken, wenn anders dessen Prämissen richtig sind. Auch wir behaupten, daß — eine Institution, welche ihrer innern Natur nach von einem vernünftigen Staatsorganismus unzertrennlich ist, in deren Unverträglichkeit mit concreten Verhältnissen kein bleibendes Hinderniß ihrer politischen Geltung finden kann. Die reinen Begriffe des philosophischen Staatsrechts brechen sich mehr und mehr Bahn in das Bewußtsein der Nation und den Willen der Gesetzgebung, welche bemüht ist, den wirklichen Staat zu den Formen des idealen emporzuheben. Aber gerade dieser Grundsatz begründet eine Rechtsvermuthung gegen das jenseitige System, selbst wenn die Gründe für und wider gleich wägen sollten. Indem nämlich jede Gesetzgebung vom Standpunkte des rein Vernünftigen und Zweckdienlichen ausgeht und stets den staatlichen Zusammenhang bei Aufstellung eines einzelnen Gesetzes im Auge hat: so kann nie vermuthet werden, daß, wenn „die Logik zu Sätzen kommt, welche praktisch sehr gefährlich erscheinen," [3]) letztere in dem Willen und Sinne der Gesetzgebung begründet seien. Umgekehrt ist aus dem nämlichen Grunde zu behaupten, daß, wenn die fragliche Competenz des Richters mit den wirklichen Verhältnissen disharmonirt, deren philosophische Berechtigung von vorneherein dem gegründetsten Zweifel unterliegt. Mit Recht behauptet deßhalb Martin, [4]) daß diejenigen, welche von gegentheiliger Ansicht geleitet werden,

---

1) Mohl, a. a. O., S. 137.
2) A. a. O., S. 138.
3) Mohl, a. a. O., S. 117.
4) A. a. O., S. 20.

nicht bedenken, wie mit ihren Grundsätzen noch niemals ein Staat regirt wurde; ja daß ein festes in Zielen und Mitteln einiges Staatsregiment, eine einheitlich wirkende Staatsgewalt bei diesen Grundsätzen schlechthin unmöglich sei, und Zustände äußerster Zerfahrenheit, ja grundsätzlicher Auflösung an ihre Stelle treten; Bluntschli[1]) bemerkt, man werde dem europäischen System den Vorzug geben, obwohl dasselbe nicht vor allen Uebeln schützt und an der Unvollkommenheit der menschlichen Zustände auch seinen Antheil habe.

Viertes Kapitel:

Widerlegung der gegnerischen Beweisführungen.

„Tout droit trouve ses limites dans la nature du pouvoir auquel il est délégué."
Nothomb.

Das 3. Kapitel erörterte die Stellung des Richters zu dem objektiven Begriffe der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen, indem es des letzteren Existenz als unumstößlich bewiesen voraussetzte. Nach den Grundsätzen des allgemeinen und gemeinen deutschen Staatsrechts ergab sich, daß der Richter befugt und verpflichtet ist, den wirklichen Einklang der als landesherrlichen Ursprungs sich ankündigenden allgemeinen Rechts-Norm mit dem Willen des Landesherrn nach dem hiefür bestehenden äußeren Merkmal der ministeriellen Contrasignatur zu prüfen. Der Erfolg dieser Prüfung entscheidet über Anwendung oder Nichtanwendung der Norm.

---

[1]) A. a. O., I. S. 493.

Gegen das soeben erwähnte Resultat treten die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht mit mehreren Einwendungen auf, welche sich insgesammt auf das Wesen und den allgemeinen Begriff des Richteramtes stützen sollen. Ihr leitender Gedanke ist der, daß die Erreichung eines jeden Zieles sich an das Vorhandensein gewisser eigenthümlicher Mittel knüpfe, deren Auswahl nicht der Willkühr unterliege, sondern durch die Natur des Zweckes selbst vorgezeichnet werde. Eine derartige Lebensbedingung bilde für den Richter die Unabhängigkeit seines subjectiven Ermessens von der Existenz eines objectiven Begriffes der Verfassungsmäßigkeit, indem blos dadurch die Ausfüllung der richterlichen Pflichten als möglich erscheinen; unsere Competenzverkümmerung hebe den Begriff des Richters schlechthin auf, weil sie den Kern seiner Thätigkeit zerstöre.

Freilich erzeugt eine Vermuthung gegen die Richtigkeit des vorstehenden Einwandes von vornherein der Umstand, daß nach positivem Rechte — wie bereits quellenmäßig begründet wurde — die richterliche Prüfung jener mit dem Wesen des Richteramtes angeblich unvereinbaren Beschränkung thatsächlich unterliegt. Es ist kaum wahrscheinlich, daß so viele Verfassungen der Täuschung nicht entgangen sind, als könnte ein Glied des Staatsorganismus ersprießlich wirken, nachdem der Nerv seiner Thätigkeit gelähmt worden. Auch erregt es billigen Zweifel, ob denn in der That die Gerichte zur Zeit des deutschen Reichs, welchen jene unentbehrliche Befugnis gleichfalls mangelte, dadurch zu Ausfüllung ihres Amtes unfähig gemacht wurden? Ueberhaupt zählt der gegnerische Einwand unter seine Consequenzen, daß Gerichte im eigentlichen Sinne blos in der Monarchie mit Volksvertretung vorkommen können. Die Autokratie gewährt unbestrittenermaßen der für die Synkratie beanspruchten Erweiterung der richterlichen Competenz keinen Raum. Wird durch letztere das selbstständige Wesen des Richteramtes bedingt, so hat es

vor der Entwicklung der gemäßigten Monarchie überall blos Regirungs- aber keine Justizbeamten gegeben. Auch wir gehen von dem Axiome aus: Tout droit trouve ses limites dans la nature du pouvoir auquel il est délégué; allein wir finden gerade in ihm eine Vermuthung gegen die Rechtsbeständigkeit einer Ansicht, welche einen seiner Natur nach allgemeinen Begriff auf das Gebiet einer einzelnen Staatsverfassung beschränkt.

Abgesehen übrigens von dem jedenfalls sehr zweifelhaften Werthe des fraglichen Einwandes verfehlt dieser unter allen Umständen das Ziel, auf dessen Erreichung es zunächst abgesehen war.

Wenn nämlich aus der Unvereinbarkeit des objektiven Begriffs von Verfassungsmäßigkeit mit einem in jedem Staate schlechthin unentbehrlichen organischen Gliede auf des ersteren Unhaltbarkeit geschlossen werden soll, so erscheint dieses argumentum a posteriori gänzlich verfehlt. Das Ursprüngliche im Staate ist die Gesetzgebung. Von ihr gehen alle Normen aus, welche die Verhältnisse der Bürger rechtlich zu ordnen bestimmt sind; sämmtliche Organe, welche die Rechtsregeln auf die faktischen Beziehungen anwenden, die Justiz- und Verwaltungs-Beamten, gründen die Existenz ihrer Auctorität, wie Form und Umfang ihrer Ausübung, ausschließlich auf die vom Gesetzgeber empfangene Vollmacht. Schon Besold [1]) lehrt in seiner berühmten Schrift über deutsches Justiz-Wesen: Nam certe quemadmodum ex magnis illis aquarum receptaculis, quae maria vocamus, omnes scaturire fontes et cuncta flumina oriri putantur: sic et omnis jurisdictio etiam bassa ab imperatore tanquam perenni fluit fonte.“ Demnach kann wenigstens im concreten Leben ein Rückschluß aus der, wenn auch zugleich im positiven Rechte sanktionirten, philosophischen Natur und Bestimmung der Gerichte auf die faktisch rechtliche Gewalt des Gesetzgebers nicht gestattet werden. Zwar im idealen Staate

1) C. 9. 10.

ist unmöglich, daß zwischen seinen Organen ein Widerspruch entsteht, wenn jedes derselben seine Competenz nach dem logischen Begriffe bemißt; allein das wirkliche Leben entwickelt sich aus historischen Bedingungen, welchen zumal auf dem Boden des Rechts unter allen Umständen Rechnung getragen werden muß. —

Wenn übrigens die vorangehenden Kapitel auf dem Boden nicht nur des positiven Deutschen, sondern auch des allgemeinen Staats-Rechts den erörterten Begriff der Verfassungs-Mäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen aufrecht gehalten haben, so kann diesem auch die innere Natur und Bestimmung des Richteramtes in keinem Stücke widersprechen.

Der allgemeine Begriff des Richteramtes eröffnet wesentlich drei Gesichtspunkte, unter welchen jener mit unserer Controverse in Verbindung gebracht werden kann: den der richterlichen Selbstständigkeit, Unabhängigkeit und Eidesleistung auf Beobachtung des Grundgesetzes. In der That wurden die drei Criterien ohne Ausnahme schon angewendet, um die richtige Entscheidung zu finden, aber immer wie ohne scharfe Definition der Begriffe mit Sonderung der positiv rechtlichen und philosophischen Seite, so mit Zugrundlegung von Hypothesen, an deren Unfehlbarkeit Niemand zweifelte.

A.

Erster Einwand:

Vom Standpunkte der richterlichen Selbstständigkeit.

I.

Begriff der richterlichen Selbstständigkeit.

Die richterliche Selbstständigkeit besteht in der Befugniß und Verpflichtung des Richters, nur den zu Rechte bestehenden Rechtsnormen zu gehorchen und folgerichtig deren wirkliche Existenz zu prüfen.[1] Sie ist in der Thätigkeit des Richters das Moment der logischen Freiheit, während die politische Selbstständigkeit als die Unabhängigkeit des Richters sich darstellt.

Diese Selbstständigkeit des Richters ist so wesenhaft mit dem Begriffe seiner Thätigkeit verbunden, daß letztere ohne die erstere überhaupt als undenkbar erscheint. Sie muß selbst da anerkannt werden, wo die Cabinetsjustiz sanctionirt ist, indem der absolute Selbstherrscher gerade das meiste Interesse hat, daß der Richter nur die Constitutionen des Souveräns im Auge habe, über deren Existenz er eben deßhalb sich versichern muß. Auch das Justinianische Recht verbot dem Richter, Constitutionen anzuwenden, welche keinen gesetzlichen Charakter haben, wodurch ihm zugleich zur Pflicht gemacht wurde, die Existenz des gesetzlichen Charakters oder des Gesetzes als solchen zu prüfen.[2]

---

[1] Vergl. H. A. Zachariä, Staats-R. II, S. 241., Zöpfl, a. a. O., II. S. 629., Klüber, a. a. O., S. 23.

[2] S. z. B. die citirten Stellen in unserer geschichtlichen Darstellung des Dogmas.

Selbstverständlich anerkennen dieses Recht auch die neueren deutschen Verfassungsurkunden, [1]) weil dasselbe ein Axiom der Rechtspflege überhaupt ist.

II.

Verhältniß unserer Controverse zum Begriffe der richterlichen Selbstständigkeit.

Niemand leugnet: Une loi contraire à la constitution n'est pas une loi. Ein Gesetz, welches mit einem höheren Gesetze in Widerspruch tritt, existirt rechtlich gar nicht. Da nun der Richter die rechtliche Existenz eines jeden Gesetzes zu prüfen hat, so ist es auch seine Pflicht, die Verfassungsmäßigkeit desselben zu untersuchen. Nach deutschem Rechte ist nur die vom verantwortlichen Minister contrasignirte allgemeine landesherrliche Constitution in der Weise eine verfassungsmäßige, daß die mit diesem Merkmale nicht ausgestattete Rechtsnorm als verfassungswidrig erscheint. Letztere ist also vom Richter nicht anzuwenden. Darin liegt übrigens das einzige Resultat, welches die Zusammenstellung unserer Controverse mit jenem Axiom zu Tage fördert.

Die Versuche unserer Gegner, aus dem Momente der richterlichen Selbstständigkeit die entgegengesetzte Entscheidung der Hauptfrage zu erzielen, beruhen ohne Ausnahme auf einem gröblichen logischen Verstoße. Wir betrachten zuerst die historische Entwicklung der Einrede, um deren Einen Grundirrthum zu charakterisiren.

---

[1]) Vergl. Zöpfl, a. a. O., II. S. 627, und die von Zachariä, die deut. Verfassungsgesetze, S. 1235, unter „Richteramt, dessen Selbständigkeit", citirten Verfassungsbestimmungen.

III.

Widerlegung der gegnerischen Ansichten von:

a) C. S. Zachariä, dem Gutachten der Tüb. J. F., von Wächter, Puchta, H. A. Zachariä.

K. S. Zachariä erklärt: Allerdings sei das Wesen der richterlichen Gewalt so zu bestimmen, daß der Richter das, was (nach den bestehenden Gesetzen oder Verordnungen) Rechtens ist, auf Partheisachen anzuwenden habe. Aber zu Vollziehung dieses Auftrags habe der Richter eben sowohl die Frage, was ist Rechtens? als die Frage, „welche Thatsachen sind im gegebenen Falle erwiesen oder nicht erwiesen"? sich vorzulegen.[1])

Die Tübinger Juristenfacultät erklärt gleichfalls, daß sie „mit Rücksicht auf die Grenze zwischen Recht und Verwaltung und in Rücksicht auf die Natur der richterlichen Function, welche überall ein Gesetz im weitern Sinne, d. h., eine giltige Rechtsnorm voraussetzt und in Anwendung zu bringen hat,"[2]) der Ansicht v. Linde's entgegentrete.

„Wo kein Gesetz ist, kann auch von einer Unterordnung unter dasselbe nicht die Rede sein. Die Vorfrage für den Richter bleibt daher immer die: Ist eine giltige Rechtsbestimmung da oder nicht? Und in sehr vielen Fällen von Rechtsstreitigkeiten ist die hauptsächlichste Prüfung des Richters gerade darauf gerichtet: Was ist Gesetz?"

Am Ausführlichsten wird die fragliche Einrede von C. G. v. Wächter im II. Bande seines berühmten württembergischen Privatrechts[3]) erörtert.

---

1) A. a. O., S. 169.

2) A. a. O., S. 345. Vergl. Mathes, a. a. O., S. 2.

3) A. a. O., S. 26.

„Der Richter hat als Richter lediglich das bestehende Recht, wie es in den Quellen desselben enthalten ist, nach seiner gewissenhaften Ueberzeugung zur Anwendung zu bringen, und in sofern ist er blos Diener des Rechtsgesetzes, aber natürlich nur Diener eines giltigen Rechtsgesetzes. Um daher den Inhalt der Quellen des Rechts zur Anwendung zu bringen, muß er vor allem darüber sich vergewissern, daß das, was er als Rechtsquelle behandelt, eine wahre, somit eine giltige Rechtsquelle ist. Er hat daher nicht blos beim Gewohnheitsrechte über dessen Existenz und Giltigkeit zu erkennen, sondern es ist eben so in seiner Befugniß und in seiner Pflicht gelegen, bei der Anwendung einer als Gesetz sich ankündigenden oder materiell in den Kreis der Gesetzgebung eingreifenden Verfügung vor Allem nach den durch das bestehende Verfassungsrecht festgestellten Grundsätzen zu untersuchen, ob sie wirklich ein Gesetz ist, d. h., ob sie alle formelle Erfordernisse eines giltigen Gesetzes hat."

Aehnlich lautet eine Stelle der Note 12 des von Wächter'schen Aufsatzes im Archiv für civilistische Praxis. „Zwar ist der Richter blos Diener und Organ des Rechtsgesetzes, aber natürlich nur Diener eines giltigen Gesetzes." 1)

„Ueber Einhaltung der verfassungsmäßigen Form steht allerdings dem Richter die Cognition zu, muß sie ihm zustehen. Namentlich hat er in unsern constitutionellen Staaten die in das Bereich der Gesetzgebung eingreifenden Verfügungen des Regenten beim Rechtsprechen nur dann zu befolgen, wenn sie die verfassungsmäßigen Erfordernisse des Gesetzes an sich tragen. Zwar ist er bloß Diener und Organ des Rechtsgesetzes, aber natürlich nur Diener eines gültigen Gesetzes. Es liegt daher ebenso in seiner Befugniß, wie in seiner Pflicht, bei Anwendung einer als Gesetz sich ankündenden oder in den Kreis der Gesetzgebung eingreifenden Verfügung nach dem bestehenden Verfassungsrecht zu untersuchen, ob sie wirklich ein Gesetz ist, d. h. ob sie

1) A. a. O., S. 238.

diejenigen Erfordernisse hat, welche nach der Verfassung zum giltigen Gesetze gehörten. Fehlt eines dieser Erfordernisse, so ist es seine Pflicht, die Verfügung nicht als giltiges Gesetz zu behandeln."

„Es ist unbestritten", sagt Puchta, „daß der Richter das Recht zu erkennen hat. Darin liegt das Urtheil über die Erfordernisse der Existenz. Der Richter kann sich nicht an die gesetzgebende Gewalt wenden, denn er soll nach dem bestehenden Rechte verfahren" [1]).

H. A. Zachariä endlich erklärt in der 2. Auflage seines Staatsrechts, welche die Beweisführung etwas anders formulirt, als die erste Auflage: „Da die Gerichte nach den bestehenden Gesetzen richten sollen, so muß ihnen nothwendig auch für jeden einzelnen Fall das Urtheil über die Vorfrage zustehen, ob überhaupt eine Norm vorhanden sei, welche die durch die vorhandenen Rechtsbestimmungen festgestellten äußern Merkmale, resp. die verfassungsmäßige Form eines Gesetzes, an sich trage, und ob ein zweifellos bestehendes Gesetz durch eine andere in Bezug genommene allgemeine Verfügung als aufgehoben, abgeändert oder beschränkt betrachtet werden könne; ohne jedoch, wenn diese Fragen zu bejahen sind, über die materielle Giltigkeit oder Rechtmäßigkeit der fraglichen Norm urtheilen zu können. Wo daher bei Gesetzen überhaupt oder bei Gesetzen über gewisse Gegenstände, insbesondere solche, welche das Eigenthum und die persönliche Freiheit der Unterterthanen betreffen, verfassungsmäßig die erfolgte Mitwirkung der Stände zur äußern Giltigkeit der Gesetze gehört, sind die Gerichte ebenso berechtigt, wie verpflichtet, zu prüfen, ob ein förmliches Gesetz existire, oder in concreto darüber zu urtheilen, ob die dem Gegenstand oder Inhalt der Verordnung entsprechende verfassungsmäßig nothwendige Form vorhanden sei [2])?

---

[1]) A. a. O., §. 15. sub Nr. 1.

[2]) A. a. O., S. 241—244.

An die bisher erwähnten Rechtsgelehrten schließen sich manche Andere an, z. B. Beseler, Reyscher, Mayer a. a. O., ohne die Einrede in eine specifisch verschiedene eigenthümliche Wendung umzubilden.

Gegen jene Ersteren selbst läßt sich insofern Nichts bemerken, als sie aus der Selbstständigkeit des Richters seine Pflicht ableiten, die rechtliche Existenz der Rechtsnorm und somit auch deren Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Allein der Untersatz ist eine bloße Hypothese. Der Begriff der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen, welcher daselbst unbewiesen als richtig vorausgesetzt wird, ist kein verfassungsmäßiger. Jenen Gelehrten, angefangen von C. S. bis H. A. Zachariä, ist die petitio principii entgangen, welche ihren Argumentationen zu Grunde liegt. Die Frage: Ist die contrasignirte landesherrliche Verordnung verfassungswidrig, sobald die ständische Zustimmung nach dem Objecte der Verordnung nothwendig gewesen wäre? erscheint wesentlich nur als der anders formulirte Ausdruck der ersteren Controverse: Hat der Richter die Befugniß, die Verfassungsmäßigkeit einer contrasignirten allgemeinen Rechtsnorm zu prüfen? Aus der unbewiesenen Bejahung der einen Frage kann nicht auf die Bejahung der anderen geschlossen werden: Prämissen und Schlußsatz sind völlig identisch.

Eben deßhalb wird von Stockmar mit unbestreitbarem Rechte dem erwähnten Satze Puchta's gegenüber behauptet, daß, wenn Puchta mit jenen Worten unsere Frage aufwerfen wolle und, wie er es thut, die Frage bejahe, sein Beweis für die Bejahung zusammenfalle. „Erfordernisse der Existenz sind Erfordernisse der Giltigkeit. Daß diese zu prüfen sind, ist eine andere Sache. Hier handelt es sich darum, ob die vorgeschriebene ständische Zustimmung deßwegen allein schon ein Erforderniß der Giltigkeit, die Vorschrift eo ipso eine wesentliche, bei

ihrer Nichtbeobachtung Nichtigkeit der Constitution wirkende sei. Dies sind aber alles nur andere Formeln für unsere Frage. Puchta scheint nun allerdings in seiner Beweisführung die Bejahung jener Fragen stillschweigend vorausgesetzt zu haben. Sein Beweis beruht also auf einer petitio principii [1])." Ueberhaupt haben die neuerdings aufgetretenen Vertheidiger der der unsrigen entgegengesetzten Theorie mit geringen Ausnahmen das Argument, auf welches alleinig ihre Vorgänger sich stützten, eigenhändig über Bord geworfen [2]).

b) Gfr. Webers Critik.

Das Argument — sagt Gfr. Weber [3]) — scheint äußerst palpabel; und doch ist seine ganze Grundlage nur ein Irrthum.

Dessenungeachtet enthält dasselbe Einen positiven und wenigstens dem Scheine nach plausiblen Grund, den unsere Gegner für sich aufzubringen wissen. Dies anerkennt selbst v. Wächter, indem er von Anführung aller andern Argumente schlechthinigen Umgang nimmt. Um so mehr aber muß es befremden, wenn von keinem jener Juristen auf die Widerlegung jenes Satzes durch Gfr. Weber auch nur im Entferntesten eingegangen wird. Erschien dieselbe doch schon i. J. 1831 und zwar nicht nur in der vielgelesenen deutschen Vaterlandszeitung, sondern auch in den Beiträgen zum constitutionellen Staatsrecht. Außerdem lag sie den vielbesprochenen Erkenntnissen des Oberappellations-Gerichts in Darmstadt zu Grunde und wurde zuletzt noch von Linde in dessen Abhandlung im Archiv für civilistische

---

1) A. a. O., S. 37.

2) Vergl. Vollert, a. a. O., S. 627: „Wäre die Erwiderung für sich beweisend, dann würden nicht so gewichtige Autoritäten das Gegentheil verfochten haben; um so weniger, als auch diese Autoritäten die Pflicht des Richters, nur giltige Normen bei seinen Urtheilen anzuwenden, keineswegs verkennen."

3) A. a. O., S. 42.

Praxis dem Wortlaute getreu angeführt. Entweder waren also unsere Gegner mit dem Argumente unbekannt, oder sie hielten dasselbe in Anbetracht seiner innern Unhaltbarkeit einer Besprechung für gar nicht würdig. Dagegen beschränkt sich Herr v. Linde auf die bloße Recitation der „scharfsinnigen" Beweisführung Weber's; und wenn Stahl[1]) neuerdings behauptet, daß die unbewußte Voraussetzung, als stehe der Richter bloß unter den Gesetzen im engern Sinne, vorzugsweise angesehene Rechtsgelehrte dazu bestimmte, dem Richter die Prüfung über das Erforderniß der ständischen Zustimmung zuzuschreiben, so liegt auch darin nur eine Wiederholung der Weber'schen Erörterung. Prüfen wir letztere.

Allerdings wird — wie oben ausgeführt ist — von manchen Juristen, besonders von Feuerbach, Klüber und Pfeiffer, a. a. O., festgehalten, daß der Richter ausschließlich bloß an die unter ständischer Mitwirkung zu Stande gekommenen Rechtsnormen gebunden sei. Gegen diese abnorme Behauptung wendet sich Weber[2]), indem er damit die gegnerischen Beweisgründe erschöpft glaubt, und fragt: „Ist es denn wahr, daß unsere Gerichte nur nach unter ständischer Mitwirkung erlassenen Gesetzen zu procediren und zu judiciren haben?" Die richtige Antwort lautet: „Nicht allein in unserm Staate, sondern in jedem Staat der Welt haben die Gerichte ja keineswegs bloß Gesetze, sondern auch Verordnungen zu befolgen." Demgemäß wird argumentirt: „Der ganze Vordersatz, auf welchen das ausgehobene Argument gebaut ist, die Voraussetzung, daß die Gerichte nur nach Gesetzen zu urtheilen hätten, ist also irrig; dieser Vordersatz müßte, um nur an sich selbst richtig zu sein, vielmehr dahin übersetzt werden,

daß die Gerichte, um nach Gesetzen und Verordnungen

---

1) A. a. O., S. 672.

2) A. a. O., S. 42. flg.

zu procediren, vor Allem urtheilen müßten, ob Etwas auch ein Gesetz oder eine Verordnung sei.

Durch einen solchen Satz ist aber für die jetzt befragliche Behauptung Nichts gewonnen. Sollte etwas gewonnen sein, so müßte er dahin amplifizirt werden:

Daß die Gerichte urtheilen müßten, ob eine ihnen gegebene Norm auch ein Gesetz oder eine vom Regenten befugterweise erlassene Verordnung sei?

Aber gerade diese Amplification ist erst die petitio principii, d. h. desjenigen, was erst erwiesen werden müßte und was daher nicht selbst als Argument für das zu Erweisende gebraucht werden kann; — und das auf den ersten Anblick so palpabel erschienene Argument hat uns also nicht um einen Schritt weiter gebracht, als nur wieder auf den alten Fleck, auf die Frage zurück, ob die Gerichte darüber zu erkennen haben, ob eine ihnen als Norm in verfassungsmäßiger äußerer Form einer Verordnung publizirte allerhöchste Verordnung wohl auch rücksichtlich ihres inneren Gehaltes befugterweise erlassen sei oder nicht."

Weber irrt aber, wenn er glaubt, daß der einzige Vordersatz, aus welchem die jenseitige Behauptung deducirt werde, nur darin bestehe, daß der Richter ausschließlich an Gesetze gebunden sei, welche unter ständischer Mitwirkung zu Stande gekommen sind. Die beiden Zachariä, von Wächter und Puchta sind von einer derartigen Behauptung weit entfernt. Nur die Ansicht Klüber's, Feuerbach's und Pfeiffer's will, „daß die Gerichte, deren verfassungsmäßiger Beruf ist, nach Gesetzen und nach Verordnungen zu urtheilen, vielmehr nach Gesetzen und über Verordnungen urtheilen sollen [1])!"

Die Ansicht von H. A. Zachariä und der übrigen oben erwähnten Juristen ist übrigens durch Weber nicht widerlegt

---

[1]) A. a. O., S. 44. Vergl. v. Linde, im Archiv für civil. Praxis a. a. O., S. 342—344.

oder entkräftet; denn er hat nicht genügend bewiesen, daß der Begriff von Verfassungsmäßigkeit, den die erwähnten Schriftsteller aufstellen, dem deutschen und allgemeinen Staatrechte widerspreche.

c. C. S. Zachariä.

Man beruft sich auf die richterliche Selbstständigkeit zu Gunsten der fraglichen richterlichen Competenz auch insofern, als letztere mit der bekannten Controverse zusammengestellt wird, wer über Conflicte oder über die Frage zu erkennen habe, ob eine Sache vor die Gerichte oder vor die Verwaltungsstellen gehöre? C. S. Zachariä glaubt, daß, wer sich in letzterer Frage für die Gerichte ausspreche, diese auch in unserer Hauptmaterie für competent erklären müsse: „um so mehr, da die Regirung, indem sie eine Verordnung erläßt, die Regel für eine ganze Gattung von Sachen festsetzt. Der Entscheidungsgrund ist derselbe, nur die Fälle sind verschieden, auf welche er bezogen wird [1].“

Auch diese Einrede wurde namentlich zur Zeit der kurhessischen Wirren ausgebeutet. „Was ist Revolution?“ wird der Berliner deutschen Reform aus Kassel zugeschrieben [2]; „kann sie der Ausspruch competenter Gerichte sein? der Ausspruch des höchsten Gerichtshofes, der seit länger als hundert Jahren im Vollgenusse der richterlichen Selbständigkeit ist, auch über seine eigene Competenz rechtskräftig zu urtheilen, ohne dadurch die Monarchie je gefährdet zu haben? Diese Selbständigkeit des höchsten Gerichtes war der Anker des Rechts in schweren Zeiten, man hat sie demselben nicht geraubt von 1815—1830; — und nun? ...“

Abgesehen von der Verschiedenheit der Meinungen über die Conflictsfrage, scheint jene Analogie — wie Zachariä

---

1) A. a. O., S. 177.

2) Vergl Allgem. Zeitg. Nr. 286. S. 4562.

selbst einräumt — gerade gegen das richterliche Prüfungsrecht insofern sich geltend zu machen, als das Recht der Gerichte, über Conflicte zu entscheiden, in keinem Staate sich ausnahmslos auf alle einschlägigen Streitigkeiten beziehen kann. Die mit dieser Einwendung zugleich, z. B. von K. S. Zachariä verbundene Antwort geht vom Unterschiede zwischen verfassungs- und civilrechtlichen Grundsätzen aus. Den letzteren liege etwas in der Natur Gegebenes, das Dasein des Menschen, als eines lebendigen Wesens, zum Grunde; durch die Verfassung solle dagegen allererst ein gewisser Zustand der Dinge hervorgebracht, ein gewisses Verhältniß unter den Menschen in der Erfahrung dargestellt werden. Bei Verfassungsgesetzen — schließt Zachariä — ist daher zugleich das nach Zeit und Umständen Ausführbare und das nach Zeit und Umständen im Ganzen Zweckmäßige oder Zweckmäßigere zu berücksichtigen. „Diejenigen also, welche die ausschließliche Competenz der Gerichte, sei es, was die Verordnungen oder Befehle der Regirung oder was erhobene Conflicte betrifft, vertheidigen, sprechen nur von der Regel; sie sprechen nur von einer Regel, welche zwar, wenn die positiven Gesetze schweigen, von den Gerichten befolgt werden darf und soll, welche aber von den positiven Gesetzen, nach Zeit und Umständen, beschränkt oder modificirt werden mag. So ist es z. B. unbedenklich, ja wohl nothwendig, der Regirung in einer constitutionellen Monarchie, in gewissen — übrigens genau zu bestimmenden — Fällen das Recht vorzubehalten, unbedingt vollziehbare Verordnungen zu erlassen“ [1]).

v. Linde berührt diese Einwendung Zachariä's nicht; und zwar mit Recht. Zachariä selbst anerkennt ja, daß dieselbe nicht auf einem positiven Rechtssatze beruhe, sondern als rein politischer Gedanke eine bloß subsidäre Geltung habe.

Uebrigens beruht die Analogie auf einer Ver-

---

1) A. a. O., S. 177—178.

wechslung der Begriffe [1]). Ob der einzelne Fall eine Justizsache sei, ist eine ganz andere Frage, als die, ob jene Prüfung den Charakter der Justizsache an sich trage? Nach Erledigung des ersteren Conflicts hat immerhin noch der Beamte, zu dessen Gunsten er sich auflöste, die Frage zu beantworten: ob die fragliche Prüfung eine Justizsache sei? In Frankreich, wo der Richter über die Giltigkeit allgemeiner Verordnungen erkennt, entscheidet gerade der Souverän über die Competenz zu Anwendung der Rechtsnorm im concreten Falle [2]).

Angenommen aber auch, jedoch nicht zugestanden, die Richtigkeit der Analogie, so würde daraus nur so viel hervorgehen, daß der Richter über seine Competenz entscheiden dürfe, die Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen zu prüfen. Dies Resultat ist unbestritten, wie oben sub I. erwähnt wurde; jede weitere Folgerung müßte dem sub II. erörterten Criterium unterliegen.

B.

Zweiter Einwand.

Vom Standpunkte der richterlichen Unabhängigkeit.

I.

Begriff der richterlichen Unabhängigkeit.

Der Begriff der richterlichen Unabhängigkeit ist mit der Beantwortung unserer Hauptfrage in eine Beziehung gebracht worden, welche nicht minder dem logischen Inhalte des Begriffes, als der Geschichte des letzteren und seiner Definition im heutigen

---

1) Vergl. v. Stokmar, a. a. O., S. 237.

2) Vergl. Stahl, a. a. O., S. 679.

deutschen Staatsrechte widerspricht. In der That reflectiren auch die Vertheidiger jener Ansicht, welche das fragliche Prüfungsrecht als integrirendes Moment der richterlichen Unabhängigkeit betrachten, auf keine der erwähnten Quellen. Als charakteristisch erscheint in dieser Hinsicht, daß selbst der würdige und gelehrte B. W. Pfeiffer, welcher mit beinahe ausschließlichem Hinblicke auf unsere Controverse ein eigenes Buch über die Unabhängigkeit des Richteramtes geschrieben hat, nicht einmal den Versuch zu einer selbstständigen und in sich abgegrenzten Definition des von ihm behandelten Begriffes macht.

Die Unabhängigkeit des Richters ist keine absolute, sondern eine durch die Thätigkeit desselben begrenzte [1]). Der Justizbeamte ist unabhängig in der Function des Richtens. Unter „Richten" versteht man das Unterordnen eines einzelnen thatsächlichen bestrittenen Verhältnisses unter die allgemeinen Bestimmungen einer Rechtsquelle. Dieser Begriff ist weder früher, noch später bestritten worden. J. B. Klüber lehrt: „Unabhängig ist sein (des Richteramtes) Urtheil im Rechtsprechen, weil es darin nur allein dem Willen der Gesetze, wie ihm derselbe nach eigener gewissenhafter Ueberzeugung erkennbar ist, folgen darf, mithin ohne Rücksicht auf oberherrliche Verfügungen die unter anderer als Gesetzesform erscheinen [2])." H. A. Zachariä aber sagt: „Die Natur eines rechtlichen Verfahrens und einer rechtlichen Entscheidung, welche nur bei einer Subsumtion des speciellen Falles unter die bestehenden allgemeinen Gesetze stattfinden kann, bringt es nothwendig mit sich, daß sie von jeder von irgend einer Seite zu versuchenden willkührlichen Einwirkung oder Hemmung, komme sie nun aus dem Volke oder von andern Staatsbehörden

[1]) Vgl. Zöpfl, a. a. O., II. S. 449. Vgl. z. B. die ausführlicheren Bestimmungen von Bayern, V. U., 1818. Tit. VIII. §. 3., Großh. Hessen, V. U., 1820. §. 32., Braunschweig, n. L. Ord., 1832 §. 103. 193., Sondershausen, V. U., 1849. §. 165. ꝛc.

[2]) Die Selbstständigkeit des Richteramtes und seine Unabhängigkeit. S. 23.

oder vom Oberhaupte des Staates selbst, unberührt bleiben müsse. Hierin, daß die Gerichte nur dem in verfassungsmäßigen Gesetzen ausgesprochenen allgemeinen Willen des Staatsoberhauptes unterworfen sind, besteht die in Deutschland mit Recht so hochgeschätzte und als nothwendige Garantie einer gerechten Urtheilsfällung betrachtete sogen. Unabhängigkeit der Gerichte [1])."

Diese Subsumtion des Factums unter das Gesetz bildet das Wesen der richterlichen Thätigkeit. Letztere ist also, wie erstere, eine rein logische Function, welche Niemanden unterworfen ist, als den Gesetzen des Denkens. Die Unabhängigkeit in solchem Sinne muß in jeder Staatsform dem Richter zukommen, weil ohne dieselbe schlechterdings der Begriff eines Richters undenkbar ist. Cui enim non est cognitum, antiquos judices non aliter judicialem calculum accepisse, nisi prius sacramentum praestitissent, omni modo sese „cum veritate et legum observantia" judicium esse dispositoros? und Hodie jurant, se facturos secundum quod eis visum fuerit justius et melius, exceptis defensoribus civitatum, qui jurant, omnia secundum leges et jura se facturos.

l. 14. C. de judiciis (3, 1.)

Imprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.

pr. J. 4, 14.

Der Gegensatz dieser richterlichen Unabhängigkeit besteht in der sog. Cabinetsjustiz, als der Einmischung des Souveräns in die eigentliche Rechtsprechung, in das Materielle der Justizertheilung, in die Art und Richtung einer Subsumtion des bestrittenen Factums unter das Gesetz. Die Voraussetzung der Cabinetsjustiz ist somit die sog. streitige Rechtssache oder der

---

[1]) Staats- und Bundesrecht. II. S. 237 flg. Vergl. Zöpfl, Grundsätze. II. §. 449.

einzelne specielle anhängige Proceß, welcher nach bereits bestehenden allgemeinen Rechtsnormen entschieden werden sollte. Von diesem Gesichtspunkte aus erklärte Kaiser Ferdinand von Oesterreich (1840): „Es ist unsere innigste Ueberzeugung, daß der Aufrechthaltung des Staates und den Grundgesetzen des Reichs, die dessen Palladium sind, Nichts gefährlicher sei, als Angriffe auf die gesetzliche Unabhängigkeit der Richter."

II.

Verhältniß unserer Controverse zum Begriffe der richterlichen Unabhängigkeit.

Unsere Controverse bespricht das Verhältniß des Richters zur allgemeinen landesherrlichen Constitution. Daß der Richter specielle landesherrliche Erlasse, Rescripte, welche einerseits für einzelne Fälle gegeben sind, andererseits den allgemeinen Rechtsnormen widersprechen, nicht als rechtsbeständig anzusehen habe, ist unbestritten; als eine andere erscheint aber seine Stellung gegenüber den allgemeinen landesherrlichen Constitutionen. Wie sonach diese letztere Stellung auch bestimmt werden möge, so viel folgt aus dem Begriffe der richterlichen Unabhängigkeit, welche den einzelnen speciellen Rechtsfall voraussetzt, daß das letztgenannte Moment in keinen Zusammenhang mit der Entscheidung unserer Controverse treten kann. Die Verschiedenheit liegt in den Begriffen.

Dennoch wurde vielfach behauptet, daß ein gegen die richterliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit contrasignirter allgemeiner Constitutionen gerichtetes Verbot nichts Anderes, als die Cabinetsjustiz erlaube. Die Einreden sollen sub C. betrachtet werden. Der unbefangene Blick kann nur zu Einem Resultate kommen.

Ganz mit demselben Rechte dürfte die höchste Staatsgewalt die eigentliche und verfassungsmäßige Unabhängigkeit der Gerichte stören und vernichten, mit welchem unsere Gegner die

Gerichte in die Sphäre der Regirungsgewalt einzuschieben bemüht sind. Wie würden aber — und mit Fug — die Gerichte auftreten, wenn die Regirung etwa, wie Weber sagt, den freigesprochenen Staatsverräther administrativ hängen ließe?

Wäre aber je die landesherrliche Ansicht über die Verfassungsmäßigkeit der Verordnung auf den Grund der — nachgewiesenermaßen irrthümlich aufgefaßten — richterlichen Unabhängigkeit für die Gerichte nicht verbindlich: müßte dann nicht ein dießfallsiges Gebundensein an die Ansicht der Stände jener Unabhängigkeit einen in dem Grade noch viel lästigeren Eintrag thun, als das Verhältniß des Richters zu den Ständen ein ganz anderes und nicht in der Weise bindendes ist, als welches seine Stellung zum Fürsten, dem Inhaber der Justizgewalt, erscheint [1]? — Dennoch finden — und zwar mit Recht — unsere Gegner in dieser nach gewissen Beziehungen thatsächlich und verfassungsmäßig existirenden Abhängigkeit keinen Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit. Liegt aber in dieser Inconsequenz nicht gerade der stärkste Beweis für die innere Unhaltbarkeit der gegnerischen Lehre?

Man ist deßhalb versucht, als Grundlage der Lehre nicht sowohl einen Rechtsbegriff, als vielmehr eine politische Tendenz zu vermuthen; denn gerade in Kurhessen erklärte ein gefeierter ständischer Redner derjenigen Fraction, welche etliche Monate später den gefälschten Begriff so abenteuerlich betonte, daß die Ständeversammlung schon Mittel finden werde, die „renitenten Richter zur Raison zu bringen," welche sich beikommen lassen sollten, die Rechtsgiltigkeit der Reichsverfassung in ihren Richtersprüchen zu bezweifeln. Nach der Bestätigung H. Martin's [2]) fand von Seite der Stände ein Widerspruch gegen jene Erklärung zu keiner Zeit statt.

---

[1]) Vgl. das Erkenntniß des Oberappellations- und Cassations-Gerichts zu Darmstadt vom 2. Febr. 1833., a. a. O., sub Nro. II.

[2]) A. a. O., S. 61. Anmerkung.

III.

Widerlegung der gegnerischen Ansichten von:

a) C. S. Zachariä.

Betrachtet man die Argumentationen derjenigen Schriftsteller, die sich nicht mit der allgemeinen Hinweisung auf den Begriff der richterlichen Unabhängigkeit begnügen, sondern die gegenseitige Beziehung der Begriffe dialectisch zu entwickeln suchen, so begegnen wir einer doppelten Erscheinung. Entweder ist die Beweisführung so gekünstelt in der Combination juristischer Begriffe, daß deren Vertreter selbst zugesteht, damit „einen Blick über das positive Recht hinaus" geworfen zu haben und eher „Metaphysiker," als Jurist zu sein; oder aber der Standpunkt ist der des politischen Criticismus, welcher den des Rechts mit dem Interesse der Zweckmäßigkeit verwechselt.

Ersteren Vorwurf macht C. S. Zachariä sich selbst. Er anerkennt, daß mit der bloßen Berufung auf die Unabhängigkeit der Gerichte zu Erledigung unserer Frage Nichts geschehen sei. „Denn auch dieser Grundsatz muß allererst aus dem Wesen jener Verfassung (der constitutionellen Monarchie) abgeleitet und im Geiste derselben bestimmt und gedeutet werden. Auch wegen dieses Grundsatzes muß man sich auf die Höhe erheben, auf welcher die Verfassung der constitutionellen Monarchie als ein Ganzes überblickt werden kann [1])."

Der Gedankengang, welchen Zachariä nunmehr entwickelt, ist so confus, die Schlußfolgerung so inconcludent und fähig verschiedener Deutung, daß wir die Deduction hier wörtlich anführen, da — abgesehen von der analysirenden Critik — schon der Totaleindruck des Arguments in seiner äußern Erscheinung eine Vermuthung gegen dessen Richtigkeit erzeugen wird.

---

[1]) A. a. O., S. 170.

„Man muß, sagt Zachariä, irgend ein Gemeinbild (wie man auch zu demselben gelange) oder irgend einen allgemeinen Begriff zu Grunde legen, um gewisse in der Erfahrung bestehende Vereine als Vereine derselben Gattung, als Staaten, bezeichnen zu können. Ohne Umschweife also und um nicht höher hinauf zu steigen, — ich verstehe unter Staaten Vereine, in welchen und für welche eine die Rechte der einzelnen Vereinsglieder schützende Macht besteht.

Diese Vereine können entweder so eingerichtet und bestellt sein, daß die Erhaltung des äußeren oder inneren Friedens oder beider, daß also das Interesse der öffentlichen Macht die Hauptsache ist; oder aber so, daß die öffentliche Macht dem Rechte der Einzelnen untergeordnet und dienstbar ist. Die Staaten der einen und die der andern Classe können wieder auf das verschiedenartigste gestaltet sein und sie haben in der Erfahrung bald diese, bald eine andere Gestalt. Eben so kann man sie, wenn man die Herrschaft des Rechts als die Hauptsache betrachtet, in eine Reihe ordnen, in welcher die einzelnen Arten diese Idee immer vollkommener darstellen; ganz so wie unter den organischen Naturkörpern eine ähnliche Reihenfolge besteht. Welch ein Abstand ist und wie viele Mittelglieder gibt es zwischen einem Vereine, welcher nur gegen auswärtige Feinde für einen Mann steht bis zur constitutionellen Monarchie!

Die Grundidee dieser Verfassung ist die, die gegenseitigen Verhältnisse der Bürger auf eine dem Rechte möglichst entsprechende (oder, was dasselbe ist, die Freiheit eines jeden Einzelnen möglichst schonende) Weise zu bestimmen und, damit ein Jeder in seinem Rechte auf das vollkommenste geschützt werde (in Betracht, daß die vollziehende Gewalt in der erblichen Einherrschaft mehr Kraft und Einheit, als in jeder andern Verfassung, hat) die öffentliche Macht in die Hände eines Erbfürsten zu legen. In dieser Grundidee mit andern monarchischen Verfassungen übereinstimmend, unterscheidet sie sich von diesen in der Art, wie sie diese Idee ausführt, und zwar haupt-

sächlich in der Art, wie sie das, was Rechtens ist oder was Rechtens sein soll, ausmittelt. Sie verfährt dabei so, daß die Vorschriften, welche die Regeln des Rechts enthalten, theils, damit, was den Willen Aller bindet, von dem Willen Aller ausgehe, nur mit Zustimmung einer aus den Abgeordneten des Volks (d. i. des Inbegriffs der Staatsbürger) bestehenden Versammlung aufgestellt werden dürfen; theils, damit in diesen Vorschriften das Interesse der öffentlichen Macht gehörig beachtet werde, nur durch die Sanction des Fürsten verbindliche Kraft erhalten. — Man würde sich jedoch irren, wenn man die Versammlung der Volksabgeordneten von Rechtswegen für befugt erachten wollte, im Namen des Volkes zu sprechen und an der Gesetzgebung Theil zu nehmen. Schon der Satz beruht auf einem Nothstande oder Nothrechte, daß überhaupt im Staate die Mehrheit der Stimmen entscheide (denn nur sich selbst kann Niemand Unrecht thun). Auf keinem anderen Grunde beruht auch der Satz, daß jene Versammlung das Volk zu vertreten befugt sei. Es ist blos eine fictio juris, daß der Beschluß einer solchen Versammlung als der Beschluß eines jeden einzelnen Staatsbürgers zu betrachten ist, woraus sich die (für die vorliegende Frage wichtige) Folgerung ableiten läßt, daß diese fictio juris in den Fällen ihrer Gültigkeit und mithin die Versammlung der Volksabgeordneten in den Fällen ihre repräsentative Eigenschaft verliere, in welchen es rechtlich unzulässig ist, einen Beschluß der Kammer als den Beschluß eines jeden einzelnen Staatsbürgers zu betrachten, d. i. in welcher der Beschluß die Entscheidung einer Parteisache (eines Streites über ein Recht, welches ein Bürger gegen den andern oder gegen die Staatscasse in Anspruch nimmt) sein würde.

Zu Folge der (oben bezeichneten) Eigenthümlichkeiten der constitutionellen Monarchie sollte eine jede Rechtsregel, eine jede von dem Staatsherrscher ausgehende Vorschrift allgemei-

nen Inhalts, um bindend zu sein, der Zustimmung der Kammer der Volks-Abgeordneten bedürfen. — Jedoch, in einer jeden Verfassung dieser Art ist es schwer, ja unmöglich, dieser Forderung vollständig Genüge zu leisten. Denn wo hört das Allgemeine auf und wo fängt das Besondere an? mit andern Worten, wie weit kann und soll das Gesetz seine Vorschriften erstrecken? was ist dagegen der vollziehenden Gewalt zu überlassen? Sodann, die Kammer der Volks-Abgeordneten kann nicht immer in Thätigkeit, d. i. nicht immer versammelt sein. Gleichwohl können sich eilende Fälle ereignen, für welche die bestehenden Gesetze keine Regel enthalten. Endlich gibt es andere Angelegenheiten, welche, ihrer Natur nach, entweder nicht nach einer allgemeinen oder nicht nach einer bleibenden Regel behandelt werden können: Gründe genug, warum in einer jeden constitutionellen Monarchie dem Fürsten das Recht zustehen muß, nicht bloß Gesetze vorzulegen und zu bekräftigen, sondern auch Verordnungen zu erlassen. In den deutschen Bundesstaaten kommt noch der besondere Umstand hinzu, daß sich die Kammern nicht alljährlich, sondern nur jedes zweite, dritte oder vierte Jahr versammeln (wobei ich gelegentlich bemerke, daß ich, sowie die constitutionelle Monarchie überhaupt, so auch diese Verfassungsfrage, hier nur im Allgemeinen betrachte. In der Erfahrung können noch andere Gründe eintreten, die Theilnahme der Kammern an der Gesetzgebung zu beschränken). — Es ist hier nicht der Ort, die Frage zu erörtern, wie, durch welche Gesetze oder Maßregeln, ist die Prärogative der Krone, Verordnungen zu erlassen, so zu bestimmen und zu beschränken, daß sie nicht die Rechte der Kammern gefährde; aber, wie man auch diese Frage löse, noch immer werden Fälle vorkommen, in welchen die Rechtsgültigkeit einzelner Verordnungen in Zweifel gezogen werden wird.

Alles dieses war vorauszuschicken und ist vorausgeschickt worden, um zur Beantwortung der Hauptfrage den Grund zu legen: Also — was sind in der constitutionellen Monarchie

die Gerichte? in welchem Verhältnisse stehen sie zu der gesetzgebenden Gewalt, theils überhaupt, theils in wie fern diese Gewalt von der Regirung ohne Zustimmung der Kammern (also durch Verordnungen) ausgeübt wird?

Gerichte sind nach den Grundsätzen dieser Verfassung diejenigen Staatsbehörden — einzelne Beamten oder Collegien, welche, von den für die Gesetzgebung bestehenden Auctoritäten verschieden und unabhängig, in Parteisachen rechtskräftig zu entscheiden befugt sind [1]). Das Merkmal also (denn in der That ist es nur ein einziges Merkmal), durch welches sich Gerichte im Geiste dieser Verfassung von Gerichten überhaupt unterscheiden [2]), besteht in der Verschiedenheit und Unabhängigkeit jener von den für die Gesetzgebung bestehenden Auctoritäten; und der Grund, auf welchem dieses Unterscheidungsmerkmal beruht, ist der, daß die fictio juris oder die praesumtio juris et de jure, kraft welcher Gesetze und ausnahmsweise Verordnungen verpflichtend sind, — die Voraussetzung, daß sie den Willen aller Staatsbürger aussprechen, in dem Falle unzulässig ist, da zwei oder mehrere Parteien einen Rechtsstreit mit einander führen, ja daß den für die Gesetzgebung bestehenden Auctoritäten, wenn sie zugleich Recht sprechen wollten, sogar die entgegengesetzte Vermuthung im Wege stehen würde. Wenn in einer Gemeinde (Gemeinheit, universitas), welche im Staate besteht, jene Vermuthung unzulässig ist, — mit andern Worten, si de jure singulorum agitur, — so steht der Fall schlechthin nicht unter der Herrschaft der Gemeinde. In der Gemeinde, welche der Staat genannt wird,

---

[1]) „Absichtlich bestimme ich hier den verfassungsmäßigen Begriff der Gerichte nur in Beziehung auf die gesetzgebende Gewalt."

Anm. Zachariä's.

[2]) „Man hat nämlich den verfassungsmäßigen Begriff der Gerichte von dem Begriffe der Gerichte zu unterscheiden, welcher auf der Eintheilung der Gewalten beruht." Anm. Zachariä's.

müssen zwar auch für Fälle dieser Art Behörden mit einem Entscheidungsrechte bestehen; denn sonst würde der Stand der Natur, das Recht des Stärkeren, auch im Staate fortdauern; aber diese Behörden müssen in der constitutionellen Monarchie die oben gedachten Eigenschaften haben: sie sind in dem Geiste dieser Verfassung so zu organisiren und zu besetzen, daß sie den Forderungen, welche in diesen Eigenschaften liegen, möglichst entsprechen. Die Italienischen Freistaaten des Mittelalters gingen sogar soweit, daß sie Fremdlinge beriefen, welchen sie das Richteramt übertrugen. Eine ähnliche Anerkennung des Grundsatzes liegt in der in Deutschland üblichen Actenversendung, welche zuerst in den deutschen Staaten aufkam.

Hiemit ist aber zugleich die Aufgabe gelöst, welche der Gegenstand dieser Abhandlung ist. Wenn nämlich nach der Verfassung einer constitutionellen Monarchie der Krone die Prärogative zusteht, unter gewissen Voraussetzungen Verordnungen zu erlassen, so liegt am Tage, eines Theiles, daß die Rechtsgültigkeit dieser Verordnungen an sich von der Beobachtung der Vorschriften abhängt, welche die Verfassung über die Ausübung jener Prärogative enthält, und anderen Theiles, daß den Kammern das Recht zusteht, über die Beobachtung dieser Vorschriften zu wachen; sei es nun, daß die Kammern die von der Regirung erlassenen Verordnungen — ausdrücklich oder stillschweigend — genehmigen oder daß sie gegen diese Verordnungen Einwendungen machen und sich zur Entkräftung derselben der verfassungsmäßigen Mittel, z. B. der Beschwerdeführung, bedienen, in beiden Fällen muß gleichwohl den Gerichten das Recht zustehen, über die Rechtsgültigkeit der Verordnungen in der Zwischenzeit, d. i. bis daß sie genehmigt oder zurück genommen worden sind und, was die in diese Zwischenzeit fallenden Thatsachen betrifft, selbst nachher noch zu erkennen. Denn sollte die Rechtsgültigkeit der Verordnungen von den Beschlüssen der Kammern auch für die Vergangenheit abhängen, so würden die Kammern, indem sie die Rechtsgültigkeit einer Verordnung an-

erkennten oder bestritten, zugleich in den auf jene Verordnung sich beziehenden Streitsachen Recht sprechen. Und sollten die Gerichte nicht das Recht haben, in Streitsachen dieser Art über die Rechtsgültigkeit der Verordnungen zu erkennen, so würde die bedingte Prärogative der Krone in eine unbedingte zum Nachtheile der einen oder der anderen Partei verwandelt werden."

Faßt man den kurzen Sinn dieser langen Rede in die logische Form zusammen, so sind die Prämissen folgende:

a) Das Gesetz ist der Willensausdruck sämmtlicher Staatsbürger, repräsentirt durch die Satzung von Fürst und Stände, ausnahmsweise durch den ersteren allein. Diese Satzung verliert dann ihre Geltung, wenn Fürst und Stände nicht mehr sämmtliche Staatsbürger repräsentiren. Der gedachte Fall tritt ein, wenn unzulässig ist, die Satzung jener als die jedes einzelnen Bürgers zu betrachten, also im Prozesse, da hier ja der Wille des Einen gegen den des Andern streitet.

b) Wenn nun auf Antrag der Stände eine einseitig erlassene Verordnung aufgehoben und dieser Aufhebung rückwirkende Kraft beigelegt; oder aber eine einseitig erlassene Verordnung angewendet wird, so liegt darin die Entscheidung eines Prozesses durch Organe, welche nur da sich bethätigen können, wo deren Wille der gemeinsame aller Bürger ist, während hier der Wille der einen Partei doch nicht dahin gehen kann, den Prozeß zu verlieren.

c) Ergo muß der Richter unabhängig und verschieden sein von Fürst und Ständen, d. h. über die Rechtsgiltigkeit der Verordnung erkennen.

(Fortsetzung folgt.)

XII.

Die Stellvertretung beim Gebrauche des Eides als civilprocessualischen Beweismittels.

Von

Herrn Professor Dr. Renaud in Heidelberg.

(Schluß.)

Wenn nämlich die Einen, wie schon früher angedeutet worden, von der Idee ausgehen, daß da, wo ein juramentum veritatis zulässig, ein juramentum credulitatis unstatthaft sei, und daher eine Eidesdelation nur an den Cedenten oder Auctor gestatten, so widerlegt sich diese Auffassung dadurch, daß nach heutigem Rechte Wahrheits- und Glaubenseid in gleicher Weise rechtlich anerkannt, so wie sich insbesondere bei einem durch den Proceßgegner zu deferirenden Eide nicht einsehen läßt, warum es demselben nicht freistehen sollte, dem Glaubenseide der Gegenpartei den Vorzug vor dem Wahrheitseide eines Dritten zu geben.

Wenn man aber ferner behauptet, es müsse der Schuldner die Wahl haben statt ein juramentum credulitatis an den Cessionar ein juramentum veritatis an den Cedenten zu deferiren, indem sonst seine Lage durch die Cession verschlechtert würde, so übersieht man, daß die Beschränkung der Eidesdelation auf die Person des Cessionars, wenn dieser auch nicht de veritate zu schwören im Stande sein sollte, in der That eine rechtliche Ver-

schlimmerung der Stellung des debitor cessus nicht enthält, während dieser sich aus der Cession folgende thatsächliche Nachtheile zweifellos gefallen lassen muß.

Die Befugniß des Cessionars endlich, um deßwillen, weil er nicht de veritate zu schwören im Stande, die Leistung des ihm obliegenden Eides durch den Cedenten zu verlangen, entbehrt selbst des Scheines einer inneren Begründung.

Die Vertretung des Cessionars und Singular-Successors durch den Cedenten und Auctor hinsichtlich der Eidesdelation und Eidesleistung hat sonach keine inneren Gründe für sich, wohl aber eine Reihe der erheblichsten allgemeinen Rechtsgründe gegen sich.

Demgemäß kann es nur noch darauf ankommen, ob jene Vertretung dessenungeachtet in den Quellen des gemeinen Rechts begründet.

Daß dieß, so viel die geschriebenen Quellen anbetrifft, nicht der Fall, ist auch heutzutage ziemlich allgemein anerkannt.

Dann ist zwar in der

l. 1. §. 2. D. quarum rer. actio (44, 5)

von einem Eide die Rede, welchen der petitor fundi seinem Gegner dahin zuschiebt: „ut, si auctor ejus jurasset suum fundum se tradidisse, ab ea controversia discessurus“, so handelt es sich hier lediglich um eine Uebereinkunft der Parteien, kraft welcher der Ausgang des Rechtsstreits von dem Eide eines Dritten abhängen soll, ohne daß der Gegner des Deferenten auf einen solchen Antrag einzugehen, der Dritte den ihm zugemutheten Eid zu schwören brauchte [72]).

Allein auch ein gemeiner Gerichtsgebrauch für jene Vertretung, welche den älteren Praktikern, wie Mynsinger, Gail, Ummius, Berlich und Carpzow unbekannt, läßt sich um so weniger behaupten, als selbst die verhältnißmäßig geringe

---

72) Brauer, i. Arch. f. civ. Prax. Bd. XXIII. S. 363, not. 33. Mittermaier, ebendas. S. 386; Ballner, zu Art. 177 der Oldenburg. Proceß-Ordn.

Zahl derjenigen, welche eine solche annehmen, wie früher gezeigt worden, wieder von wesentlich verschiedener Auffassung ausgehen. —

Der Gegner des Cessionars oder Singular-Successors kann demnach nur diesem den Eid deferiren, wobei er sich, falls derselbe hinsichtlich der in Frage stehenden Thatsache einen Wahrheitseid zu schwören außer Stande, je nach Umständen mit einem juramentum credulitatis oder einem Eide des Nichtwissens und Nichtglaubens begnügen muß. Will er dies nicht, so kann er von der Eidesdelation abstrahiren und den Cedenten oder Auctor als Zeugen induciren [73]. Ebenso kann der Richter einen Notheid nicht dem Cedenten oder Auctor, sondern nur dem Cessionar oder Rechtsnachfolger de veritate oder credulitate auflegen, oder wo die Voraussetzungen des einen und andern Eides hier nicht vorhanden, der Gegenpartei.

§. 6.

Die Eidesdelation an den Proceßanwalt.

Es ist die Behauptung aufgestellt worden, daß eine Eidesdelation statt an die Partei selbst mit gleicher Wirkung an deren Anwalt geschehen könne, so oft von den eigenen Handlungen desselben die Rede sei [74]; ja man hat die Zulässigkeit einer solchen Delation selbst rücksichtlich anderer Thatsachen unter der Voraussetzung, daß sich der Deferent mit einem Glaubenseide begnügen wolle, angenommen [75], während Rechtslehrer und Particularrechte endlich einer Partei, welche de veritate zu schwören außer Stande, gestatten den ihr obliegenden Eid durch ihren Anwalt als Wahrheitseid ausschwören zu lassen [76].

---

[73]) Brauer, im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXIII. S. 363.

[74]) Leyser, med. ad pand. spec. 136. no. 1. 2. 5; Malblanc, doctr. de jurej. §. 42; Danz, ord. Proc. §. 369.

[75]) Glück, Erl. XII. S. 278 flg.

[76]) Malblanc, doctr. de jurej. §. 42. 4; Bad. Proc.-Ordn. §. 566; noch weiter geht das Coburg. Ges. v. 1. Dec. 1858. Art. 83.

Betrachtet man zunächst die Zulässigkeit einer solchen Vertretung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, so ist allerdings nicht zu leugnen, daß die formellen Schwierigkeiten, welche der Eidesdelation an den Cedenten oder Auctor im Wege stehen, um deßwillen hier wegfallen, weil der Anwalt unmittelbar an der Proceßführung als Vertreter seiner Partei Theil nimmt [77].

Dagegen stehen derselben nicht minder gewichtige materielle Bedenken, wie die im vorigen §. angedeuteten, entgegen.

Für den Procurator liegt, da er nicht Partei, sondern nur Stellvertreter einer solchen ist, in der That kein Verpflichtungsgrund vor, sich auf einen ihm deferirten Parteieneid einzulassen, oder statt seines Constituenten einen diesem zugeschobenen Eid zu schwören. Eine derartige Verpflichtung hat derselbe auch nicht durch Annahme des Proceßmandats oder eines mandatum omnium bonorum übernommen, indem er sich dadurch lediglich verbindlich gemacht hat, Namens seines Constituenten zu handeln, nicht aber sein eigenes Gewissen mit Eiden zu belasten. Daher denn schon die Römer den Grundsatz aufstellten: „Procurator non compellitur jurare“ [78]).

Der Principal aber, wenn er auch seinen Anwalt zur Einlassung auf Eidesanträge speciell ermächtigt oder „cum libera“ bestellt hat, braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß seine Sachfälligkeit davon abhängig gemacht werde, daß dieser das ihm zugemuthete eidliche Zeugniß verweigert oder zu geben versäumt. Denn es ist auch die ausgedehnteste Proceßvollmacht, wenn sie nicht ausdrücklich darauf gerichtet, nicht dahin zu verstehen, daß der Vollmachtgeber sein Siegen oder Unterliegen in der Art in die Hand des Anwalts geben wolle, daß es durch Ablegung oder Verweigerung eines diesem zugemutheten eidlichen Zeugnisses bedingt sein solle. Aus eben diesem Grunde vermag die poena recusati den Constituenten aus der Person seines Procurators

---

[77]) Viereck, a. a. O. S. 57 a. E.

[78]) l. 34. §. 3. D. de juris. (12. 2).

selbst dann nicht zu treffen, wenn der Eidesantrag an einen solchen Proceßvertreter geschehen, dessen Vollmacht, wie bei einem procurator cum libera, soweit geht, daß er Namens seines Principals zu transigiren befugt [79]). Denn kann allerdings ein solcher Bevollmächtigter die Rechte seines Constituenten vergeben, zu dessen Nachtheile einen Transact abschließen oder ein gerichtliches Geständniß ablegen, so ist hier von einer Rechtshandlung des Anwalts nicht die Rede. Vielmehr handelt es sich um den Eintritt einer Strafe des processualischen Ungehorsams, welche allerdings in der Fiction eines gerichtlichen Geständnisses besteht, die aber dadurch bedingt ist, daß eine Partei den ihr obliegenden Eid verweigert, weil es „manifestae turpitudinis, nolle nec jurare nec jusjurandum referre."

Für den Deferenten endlich, welcher seinem Gegner den Eid zugeschoben hat, besteht an sich kein Rechtsgrund, sich statt dessen den Eid des Procurators dieses letzteren gefallen zu lassen.

Frägt man aber nach innern Gründen für die Zulässigkeit einer Eidesdelation an den Procurator der Gegenpartei, so oft von dessen eigenen Handlungen die Rede, so ermangelt es hier selbst an dem Scheingrunde, auf den man sich für die Befugniß des debitor cessus zur Eidesdelation an den Cedenten beruft, nämlich, daß jenes Lage durch die Cession nicht verschlechtert werden könne; während von dem angeblichen Rechte einer Partei den ihr deferirten Eid durch ihren Anwalt in dessen eigene Seele ausschwören zu lassen, das oben hinsichtlich des Cessionars Bemerkte gilt.

Daß die in Frage stehenden Meinungen aber in den geschriebenen Quellen des gemeinen Rechts keinen Anhalt haben, ist heutzutage wohl allgemein anerkannt. Denn sprechen auch die römischen Rechtsquellen aus, daß der vom Procurator (oder Defensor) geschworene Eid dessen Partei zu Statten komme [80]), so handelt

---

79) Dies meint Viereck, a. a. O. S. 55.

80) l. 9. §. 6. l. 42. §. 2. D. de jurejur. (12. 2).

es hier sich nicht um den Gebrauch des Eides als Beweismittels, sondern um den Austrag des Rechtsstreits mittelst einer derartigen Eidesleistung durch die Einwilligung der drei dabei betheiligten Personen, nämlich einerseits des Deferenten, welcher den Eid dem Vertreter seines Gegners zugeschoben, andrerseits des Procurators oder Defensors, welcher sich freiwillig zur Leistung des ihm zugemutheten Eides verstanden, und endlich der vertretenen Partei, welche natürlicher Weise nichts dagegen einzuwenden, daß sie durch ein solches Mittel den Proceß gewinnt [81]).

Daß aber ein gemeiner Gerichtsgebrauch für jene Meinungen sich nicht gebildet, ergiebt sich schon aus der sehr geringen Zahl ihrer Vertreter.

§. 7.

Die Vertretung durch den Vormund beim Gebrauche des Eides als Beweismittels, insbesondere die Vertretung des Impubes durch den Tutor.

Wenn, wie schon früher bemerkt worden, die Meinung von der Zulässigkeit einer Eidesdelation an den Cedenten, Auctor, Procurator durch die Rücksicht veranlaßt ward, daß letztere allein bezüglich ihrer eigenen Handlungen de veritate zu schwören im Stande, — eine Rücksicht, welche, nachdem der Glaubenseid im Gerichtsgebrauche eine gesicherte Anerkennung gefunden, in der That ihre Bedeutung verloren, wie sie denn auch eine gemeinrechtliche Praxis für eine derartige Stellvertretung nicht zu begründen vermochte, so hat dagegen auf die Ausbildung der Lehre von der Vertretung einer Partei durch deren Vormund hinsichtlich der Eidesdelation und Eidesleistung ein ungleich wichtigeres Moment einen entscheidenden Einfluß gehabt, das nämlich der absoluten oder relativen Eidesunfähigkeit des Bevormundeten.

---

[81]) Arnold, a. a. O. §. 85; Viereck, a. a. O. S. 52.

Insbesondere lassen sich dieser Einfluß und die Modificationen, welche dadurch die Grundsätze des römischen Rechts im deutschen Gerichtsbrauche erfahren, an dem practisch wichtigen Verhältnisse der processualischen Vertretung des Impubes durch dessen Tutor nachweisen, worauf hier demnach vorerst näher einzugehen ist.

Werfen wir zunächst einen Blick auf das römische Recht, so war nach demselben der Impubes in dem Sinne eidesunfähig, daß ihm ein wissentlich falscher Eid nicht als Meineid angerechnet wurde, ihm auch ein Eid nicht in der Art deferirt werden konnte, daß er sub poena recusati sich auf den Eidesantrag einlassen, resp. den Eid schwören mußte. In diesem Sinne sagten die Römer „Pupillo non defertur jusjurandum“ [82]). Wurde jedoch dem Pupillen von der Gegenpartei ein Eid deferirt, so wurde er an dessen Ausschwörung nicht gehindert, wie ihm denn dieselbe auch zu Statten kam [83]). Zu einem jusjurandum in litem wurde dagegen der Impubes nicht gelassen [84]).

Der Tutor aber war nicht verpflichtet in Sachen seines Pupillen, — abgesehen von dem nicht hierher gehörigen jusjurandum calumniae [85]), sich auf einen Eidesantrag irgend welcher Art einzulassen, resp. einen ihm deferirten Eid zu schwören [86]). Wurde ihm jedoch von der Gegenpartei ein Eid deferirt und er leistete denselben, so kam dies dem Mündel aus den nämlichen Gründen zu Statten, wie der unter jener Voraussetzung vom Procurator oder Defensor geschworene Eid dem dominus [87]).

---

[82]) l. 34. §. 2. D. de jurejur. (12. 2).

[83]) l. 26. pr. D. de jurejur. (12. 2).

[84]) l. 4. pr. D. de in lit. jur. (12. 3).

[85]) const. 2. §. 2. C. de jurejur. propter calumn. (2. 58).

[86]) Doch trat eine Ausnahme von diesem Satze bei Noxalklagen ein: „Si tutor vel curator exstent, ipsi jurare debent, in potestate domini non esse“ [l. 21. §. 5. D. de noxalib. art. (9. 4)]; so wie ferner später im Falle der const. 5. C. de reb. cred. (4. 1) ein.

[87]) Barth, Beitr. zur Lehre vom Haupteide, S. 40.

Dagegen traf den Pupillus die poena recusati auch aus der Person seines Tutors nie, sowie dieser ohne Einwilligung der Gegenpartei keinen Eid in Sachen seines Mündels schwören konnte, mit Ausnahme des jusjurandum in litem [88]).

An diesen den Tutor betreffenden Sätzen hat nun der deutsche Gerichtsgebrauch wesentliche Veränderungen vorgenommen, Veränderungen, welche ein practisches Bedürfniß veranlaßt, das um so mehr hervortrat, als nach dem in Deutschland geltenden Rechte Impuberes auch mit ihrem Willen vor erreichter Eidesmündigkeit zur Eidesleistung nicht zugelassen werden [89]).

Für's Erste wird der Tutor für verpflichtet erachtet in Streitsachen seines Pupillen sich auf einen ihm deferirten Eid einzulassen, beziehungsweise einen solchen zu schwören.

Dies nahmen ältere Schriftsteller und gerichtliche Urtheile zunächst nach Analogie des juramentum calumniae in Beziehung auf solche Eide an, welche sie gleich jenem zu den juramenta legatia zählten, wie namentlich hinsichtlich des Reinigungs- und des Diffessionseides [90]), dann aber auch des Erfüllungseides, und zwar selbst dann, wenn der Vormund nur de credulitate zu schwören im Stande war [91]).

---

[88]) l. 4. pr. D. de in lit. jur. (12. 3).

[89]) Mevius, decis. P. VII. dec. 385; Wernher, obs. for. P. IV. obs. 151. no. 498; Glück, Erl. XII. S. 206; Schmid, Handb. II. S. 233. not. 2; Bayer, Vortr. S. 876 a. E.; Wetzell, Syst. S. 161. not. 17.

[90]) Berlich, decis. aureae, dec. 164. no. 6 sqq.; Carpzow, decis. dec. 230; Lynker, decis. dec. 25. Stryk (Gerbet), de cautel. jurament. P. II. sect. 1. cap. 3. no. 29. Rivinus, de jurejur. in alterius animam §. XLIII, bezeichnet diese Meinung, wiewohl er sie verwirft, als die gemeine Meinung der Praktiker; ebenso Wernher, obs. for. tom. III. P. 1. obs. 4. hinsichtlich des Diffessionseides.

[91]) Berlich, conclus. practicab. P. I. concl. 35. no. 30 sqq.; Carpzow, decis. dec. 230. no. 230. u. dec. 265. no. 14; Brunnemann, commentar. in Pandect. Lib. XII. tit. 3 ad leg. 4 a. E.; Lauterbach, de juram. credulitat. P. II. §. 3.

Zweifelhafter waren dagegen die ältern Practiker bezüglich der Frage, ob der Tutor verbunden sei, einen ihm in Sachen seines Pupillen deferirten Schiedseid zu schwören. Doch wurde dies zunächst für den Fall angenommen, daß dem Vormunde ein von diesem zugeschobener Eid zurückgeschoben worden [92]), dann aber in analoger Anwendung der const. 5. C. de reb. cred. (4, 1) der Grundsatz anerkannt, daß der Tutor sich auf einen ihm angetragenen Schiedseid einzulassen, resp. denselben zu leisten verpflichtet sei, wenn sich die Eidesdelation auf dessen eigene Handlungen beziehe, er überhaupt de veritate zu schwören im Stande sei [93]), und diese Verbindlichkeit endlich auf die Ausschwörung eines demselben zugemutheten Glaubenseides oder je nach Umständen eines Eides des Nichtwissens und Nichtglaubens ausgedehnt [94]).

Kann es nun nach den dafür vorliegenden Zeugnissen keinem Zweifel unterliegen, daß die Eidespflichtigkeit des Tutors in Sachen des von ihm vertretenen Impubes durch einen sehr verbrei-

---

[92]) Ant. Faber, in Cod. Lib. 4. tit. 1. def. 20. no. 3; Ummius, disput. ad proc. jud. dir. disp. XIV. not. 17. — Carpzow, defin. P. I. const. 14. def. 13 u. decis. P. I. dec. 37. no. 17. — Brunnemann, comment. ad Pand. lib. XII. tit. 2 ad leg. 35. no. 2, Lauterbach, de relat. jurisj. §. XXXIII.

[93]) Mevius, decis. P. V. dec. 409; ad Jus Lubec. lib. I. tit. 7. art. 3. no. 7 sqq., et additio. — Brunnemann, ad l. 5. C. de reb. cred. no. 8; Wernher, observ. P. VI. obs. 431; Leyser, med. ad pand. spec. 136. m. 5; Malblanc, doctr. de jurej. §. XLII; Danz, ord. Proc. §. 369.

[94]) Mevius, decis. P. VII. dec. 385; Wernher, Select. observ. P. IV. obs. 151. no. 598. 599; Berger, Elect. discept. tit. 18. obs. IV. not. 3; Stryk, de cautel. jurament. P. II. sect. 1. cap. 3. no. 30 sqq. — Glück, Erl. XII. S. 278; Schmid, Handb. II. S. 333 u. not. 3; Bayer, Vortr. S. 877; Francke, der gemeine u. schlesw.-holst. Proceß, I. S. 453. Osterloh, ord. Proc., I. S. 387. — Wetzell, Syst. S. 163. Landesherrl. Rescript an die Regierung zu Marburg v. 24. März 1772 (b. Strippelmann, Gerichtseid II. S. 76).

teten Gerichtsgebrauch angenommen wird, so ist immerhin bei dem Umstande, daß es an dissentirenden Meinungen nicht fehlt [95]), und daß auch die auf der Grundlage des gemeinen Rechts beruhenden particulären Proceßgesetzgebungen hier von sehr verschiedenen Auffassungen ausgehen, die gemeinrechtliche Geltung jenes Grundsatzes nicht über allen Zweifel erhoben. In dieser Hinsicht dürfte es nicht überflüssig sein, auf zwei Momente hinzuweisen, welche zwar an sich die Eidespflichtigkeit des Vormundes in Sachen des Pupillen nicht zu begründen vermöchten, wohl aber im Zweifel für deren Annahme den Ausschlag zu geben geeignet sind. Das eine Moment ist die innige Beziehung des Vormunds zum Mündel, ein Verhältniß, welches zweifellos ein engeres ist als dasjenige zwischen dem Anwalt und dessen Principal [96]), aus welchem Grunde denn ein Schluß von den hinsichtlich des Procurators hier geltenden Grundsätzen auf den Tutor nicht als gerechtfertigt erscheint. Wie nach älterm deutschem Rechte der Vater für das Kind in der Were schwur [97]), so entspricht die Vertretung des Pflegbefohlenen durch dessen Vormund hinsichtlich der Eidesdelation und Eidesleistung dem Geiste der einheimischen Gesetzgebung. Dann aber besteht für eine solche Stellvertretung, wie schon ältere Processualisten hervorgehoben [98]), insofern ein practisches Bedürfniß, als es im öffentlichen Interesse wie in demjenigen der Parteien liegt, daß die Proceßentscheidung nicht bis zur Erlangung der Eidesmündigkeit durch die Partei, auf deren Seite hin ein Eid deferirt worden, aufgeschoben werden müsse.

Wir haben als eine Modification der Grundsätze des römischen Rechts durch den deutschen Gerichtsgebrauch die Eides-

---

95) So scheint z. B. Linde, Lehrb. §. 302 u. §. 318 eine Eidespflichtigkeit des Tutors gar nicht anzunehmen.

96) Dageg. Viereck, a. a. O. S. 54.

97) Sachsensp. II. 17. §. 2.

98) Carpzow, def. P. I. const. 24. def. 12.

pflichtigkeit des Tutors in Sachen des Pupillen hervorgehoben; eine andere damit zusammenhängende Aenderung ist aber die, daß Letztern allerdings die poena recusati aus der Person des Vormunds treffen kann. Doch wird dieselbe alsdann nicht eintreten, wenn der Vormund auf den ihm angetragenen Eid sich nicht rechtzeitig eingelassen oder den Termin zur Eidesleistung versäumt, da die processualische Unthätigkeit oder Nachlässigkeit der Tutoren und Curatoren den Pupillen und Minderjährigen keinen Eintrag thun soll **). Wohl aber wird die poena recusati den Mündel dann treffen, wenn der Vormund den ihm deferirten Eid nicht schwören zu können erklärt. Diese Wirkung läßt sich nun freilich dadurch allein nicht construiren, daß der Tutor Namens seines Pupillen transigiren, resp. ein gerichtliches Geständniß ablegen kann, da es sich hier, wie weiter oben bereits hinsichtlich des procurator cum libera ausgeführt worden, um eine Fiction handelt, deren Eintritt durch die Verweigerung des einer Partei zugemutheten eidlichen Zeugnisses bedingt ist, wohl aber erklärt sie sich aus einer Identificirung des Tutors mit dem von ihm vertretenen Impubes, welche um so unbedenklicher, als der Vormund durch seinen Amtseid die Verpflichtung übernommen, mit allem Fleiß und Ernst Nutz und Wohlfahrt seines Pflegbefohlenen zu fördern.

Endlich, — und dies ist die dritte Abweichung vom römischen Rechte —, kann der Tutor nicht blos ein jusjurandum in litem zum Vortheile seines Pupillen ohne Einwilligung der Gegenpartei schwören, womit jedoch nicht gesagt ist, daß sich diese letztere die Leistung eines von ihr dem Impubes deferirten Eides durch den Vormund gefallen lassen müsse.

Selbstverständlich kann übrigens die Eidesdelation nur an denjenigen Vormund geschehen, welcher den Impubes in dem betreffenden Rechtsstreite vertritt; an einen andern unter mehreren

**) R. D. A. v. J. 1600. §. 85; — Seuffert, Arch. Bd. IV, no. 157.

Vormündern vermag eine solche aus dem nämlichen formellen Grunde, welcher hinsichtlich der Eidesdelation an den Cedenten und Auctor hervorgehoben worden, nicht stattzufinden. Aus demselben Grunde, so wie auch deßhalb, weil die Eidesdelation in Betreff des Delaten höchst persönlicher Art ist, kann ferner der Vormund zur Leistung eines ihm deferirten Eides nicht einen seiner Mitvormünder stellen, sollte diesem auch eine bessere Kenntniß bezüglich der streitigen Thatsache beiwohnen [100]). Dieses letztere Moment wird dann allein in Betracht kommen können, wenn der Impubes durch mehrere Mitvormünder im Processe vertreten ist, und es sich darum handelt, an welchen derselben der Eid zu deferiren, da in einem solchen Falle nicht ein mehrfacher Eid verlangt werden kann [101]).

Wendet man nun die vorstehenden Grundsätze zunächst auf den Gebrauch des Schiedseides an, so unterliegt es keinem Zweifel, daß auch heute ein solcher dem Impubes selbst deferirt werden kann. Allein es erscheint hier der Eidesantrag nicht als Beweismittel, da so wenig als nach römischem Rechte eine Verpflichtung sich darauf einzulassen auf Seiten des Delaten besteht [102]). Auch ist schon früher hervorgehoben worden, daß der Pupill, wenn selbst der ihm zugeschobene Eid Namens desselben durch den ihn vertretenden Tutor angenommen worden sein sollte, vor erreichter Eidesmündigkeit nicht zu dessen Ausschwörung zugelassen wird, während er sich nach erlangter Pubertät gegen die Eidesacceptation restituiren lassen kann. Wenn aber der Impubes, bevor er mündig geworden, zur Leistung des ihm angetragenen Eides nicht zugelassen wird, so kann nicht ohne die Einwilligung des Deferenten der Tutor statt jenes schwören, sollte derselbe auch rück-

---

100) Dageg. Wetzell, Syst. S. 163. not. 35.

101) Mevius, decis. P. I. dec. 237.

102) Dies wird nicht hinreichend von denjenigen beachtet, welche, wie z. B. Malblanc, doctr. de jurej. §. 42, schlechtweg den Satz aufstellen, es könne der Eid dem Pupillen deferirt werden.

ſichtlich der ſtreitigen Thatſache eine beſſere Kenntniß wie ſein Pflegbefohlener haben, indem die entgegengeſetzte Meinung [103]) überſieht, daß das „jusjurandum quid personalissimum“ und daß in dem Eidesantrag an den Pupillen an ſich der Wille des Deferenten ſich nicht kund giebt, es auf den Eid (Wahrheits- oder Glaubenseid) des Vormundes ankommen zu laſſen [104]).

Die Eidesdelation als Beweismittel kann demnach nur an den Tutor der eidesunmündigen Partei geſchehen [105]), welcher ſich auf einen ſolchen Antrag unter den nämlichen Vorausſetzungen einzulaſſen hat, unter denen dies einer eidesmündigen Partei obläge, alſo falls er hinſichtlich der ſtreitigen Thatſache Kenntniß aus eigener Wahrnehmung oder eine ſonſtige Ueberzeugung haben muß oder ſich noch zu verſchaffen im Stande, oder ihm ein Eid des Nichtwiſſens und Nichtglaubens zugeſchoben worden iſt. Doch zieht, wie ſchon früher bemerkt worden, die Verſäumniß der Einlaſſung in der ihm, wenn auch peremtoriſch dazu gegebenen

---

[103]) So Francke, der gemeine u. ſchlesw.-holſtein. Proceß Bd. I. S. 453, der ſchlechthin behauptet, daß der Vormund den dem Pupillen deferirten Eid de veritate, od. ignorantia, od. credulitate, auszuſchwören habe. So ferner Arnold, a. a. O. S. 46 flg., der den Vormund ſchwören laſſen will, wenn dieſer allein einen Wahrheitseid zu leiſten im Stande.

[104]) Carpzow, def. P. I. const. 12. def. 42; Wernher, observ. P. I. obs. 336; P. IV. obs. 151. no. 596, 597. Wenn aber dieſe Schriftſteller (Carpzow, def. P. I. const. 24. def. 11 u. 12 u. Wernher, obs. P. IV. obs. 151. no. 598) dem Tutor geſtatten wollen, den dem Pupillen deferirten Eid dann de credulitate zu leiſten; wenn der Mündel eidesfähige Litisconſorten hat, welche durch ihren Eid das vom Vormunde zu Beſchwörende beſtätigen, ſo beruht dieſe Meinung auf einer mehrfachen Verwechſelung.

[105]) Dies iſt auch der Sinn der Allg. Preuß. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 10. §. 262: „Auch ist die Eidesdelation nur an den Vormund eines „solchen Minderjährigen zu richten, welcher das achtzehnte Jahr (das „Jahr der preuß. Eidesmündigkeit) noch nicht zurücklegt hat.“ S. fern. Hannöv. Proc.-Ordn. §. 283.

Zeit, die poena recusati für den Pupillen nicht nach sich, indem dem Vormunde vielmehr auf dessen Kosten ein anderweitiger Termin unter Androhung von Strafe zur Erklärung auf den Eidesantrag zu geben ist.

Der Tutor kann sich nun auf den ihm deferirten Schiedseid durch Annahme oder Zurückschiebung desselben einlassen; doch soll er zu letzterer, in welcher eine Eidesrelation enthalten, allgemeinen Grundsätzen zufolge, nur dann greifen, wenn er weder den ihm zugemutheten Eid zu leisten vermag, noch auch im Stande ist mit Aussicht auf Erfolg eine Gewissensvertretung durch Beweis zu übernehmen.

Hat aber der Vormund den ihm deferirten Eid acceptirt, so kann er nicht verlangen, daß statt seiner der Mündel schwöre, und daß zu diesem Zwecke dessen Eidesmündigkeit abgewartet werde. Andrerseits zieht nun zwar nicht die Versäumung des zur Eidesleistung angesetzten Termins, wohl aber die Erklärung, daß er den angenommenen Eid doch nicht zu schwören im Stande sei, die poena recusati für den Pupillen nach sich.

Die nämlichen Grundsätze finden auch für den Fall Anwendung, daß ein deferirter Eid zurückgeschoben und auf relatischer Seite eine eidesunmündige Partei sich findet. Auch hier besteht nämlich keine Verpflichtung, sich die Eidesrelation an den Impubes selbst gefallen zu lassen, während allerdings der Vormund, wie schon die älteren Processualisten, die sonst die Eidespflichtigkeit des Tutors hinsichtlich des Schiedseids bezweifelten, annahmen [106]), unter denselben Voraussetzungen wie sonst die eidesmündige Partei selbst den ihm zurückgeschobenen Eid leisten muß, und zwar auch dann, wenn er nur de credulitate, der Gegner aber de veritate zu schwören im Stande.

---

[106]) S. noch das Coburg. Ges. v. 1. Dec. 1858, Art. 83, welches, abgesehen von dem hier in Frage stehenden Falle, nur bezüglich von facta administrationis propria die Eidespflichtigkeit des Vormundes in Sachen des Pflegbefohlenen annimmt.

Auch einen Diffessionseid aber muß, wie schon weiter oben bemerkt worden, der Tutor, welchem ein solcher von der Gegenpartei angetragen worden, bei Vermeidung der seinen Mündel treffenden poena recogniti schwören [107]), so wie er ferner die von ihm in Sachen seines Pflegbefohlenen diffitirte Urkunde eidlich abzuleugnen berechtigt ist, wenn dieser Eid nicht von Seiten des Producenten durch Uebernahme eines sonstigen Aechtheitsbeweises abgewendet wird. Daß er aber einen solchen Eid, wenn die diffitirte Urkunde nicht angeblich von ihm selbst ausgestellt, nicht de veritate zu leisten braucht, indem sich vielmehr die Gegenpartei mit einem Eide des Glaubens oder auch des Nichtwissens und Nichtglaubens begnügen muß, ist hier nicht weiter zu erörtern.

Nach unsern frühern Ausführungen unterliegt es ferner keinem Zweifel, daß der Tutor einen ihm in Sachen seines Pflegbefohlenen auferlegten Nothheid, je nach Umständen de veritate oder de credulitate, unter den nämlichen Voraussetzungen, unter welchen eine eidesmündige Partei dazu verbunden, zu leisten verpflichtet ist [108]); und daß, zwar nicht die Versäumniß des zur Eidesleistung angesetzten Termins, wohl aber dessen Erklärung, den Eid nicht schwören zu können, die poena recusati für den Mündel zur Folge hat. Nur dürfte die Bemerkung hier noch beizufügen sein, daß, wenn ein nothwendiger Eid auf Seiten der eidesunmündigen Partei aufzulegen, die Delation desselben hier allein an den Tutor geschehen kann. Denn einerseits braucht sich der Pupill auf einen solchen Eid so wenig, wie auf einen ihm von der Gegenpartei zugeschobenen einzulassen, während andrerseits der Aufschub der Proceßentscheidung bis zum Eintritt der Eidesmündigkeit des Delaten sich hier nicht durch die Einwilligung beider Theile rechtfertigen ließe.

---

[107]) S. oben not. 90 u. Seuffert, Arch. Bd. VIII. no. 325.

[108]) S. not. 90 u. 91; Seuffert, Arch. Bd. XI. no. 187.

Noch ist hier zum Schlusse das Verhältniß des Tutors zu zwei außerordentlichen Eiden zu besprechen, nämlich dem jusjurandum in litem und dem s. g. Manifestationseide.

Daß der pupillus selbst, wie schon nach römischem Rechte, ein jusjurandum in litem nicht schwören kann, ist um so unbedenklicher anzunehmen, als Eidesunmündige heutzutage überhaupt zu keiner Eidesleistung zugelassen werden. Wohl aber kann der eidesunmündige Kläger durch seinen Vormund verlangen, zu einem nach erreichter Pubertät zu leistenden Würderungseide, dessen Voraussetzungen sonst gegeben, zugelassen zu werden, was um so weniger zu bezweifeln, als hier in der That durch den Eides-Aufschub der Gegenpartei, gegen welchen so lange die Execution sistirt ist, in keiner Weise präjudicirt wird.

Statt dessen kann aber auch der Tutor, und daher auch die Mutter des Impubes, wenn sie die Vormundschaft über denselben führt [109]), in litem schwören, wobei er jedoch die zu beschwörende aestimatio nicht „ad suam, sed ad domini (sc. pupilli) utilitatem" zu beziehen hat. Wenn aber nach römischem Rechte der Tutor zu einem solchen Eide nur berechtigt, nicht aber verpflichtet [110]), so frägt es sich, ob es sich in letzterer Beziehung heutzutage nicht anders verhält. Und in der That wurde durch ältere Juristen und zum Theile auch Urtheile angenommen, daß dem Tutor ein Würderungseid auferlegt werden könne, und daß derselbe durch seine Weigerung, diesen Eid zu schwören, dem Mündel zum Schadenersatze verpflichtet werde [111]). Doch verwarf von jeher die Mehrzahl der Processualisten eine derartige Verbindlichkeit des Vormunds [112]), und gewiß mit vollem Grunde.

---

[109]) Setser, tract. de jurament. lib. V. cap. 14. no. 19; Stryk (Gerbet) de cautel. juram. P. III. sect. 3. cap. 3. no. 290.

[110]) l. 4. pr. D. de in lit. jur. (12. 3).

[111]) Carpzow, decis. P. III. dec. 265; Stryk, Usus modern. Pandect. lib. XII. tit. 3. §. VII.

[112]) Setser, de juram. lib. V. cap. 4. no. 15 sqq.; Berlich, decision. aureae, dec. 164; Mevius, comment. ad Jus Lubec. lib. I.

Zwar kann man sich hierfür darauf nicht berufen, daß ein Kläger zu einem jusjurandum in litem nur berechtigt, nie aber verpflichtet, weil in der That der Vormund, welcher in Sachen seines Pflegbefohlenen geklagt, nicht der Kläger, sondern der Vertreter dieses ist und ihm als solchem obliegt, mit allem Fleiß und Ernst Nutz und Wohlfahrt des Mündels zu suchen und zu fördern. Wohl aber dürfte hier der Umstand entscheidend sein, daß es sich beim Würderungseide nicht wie bei andern Beweiseiden um ein Zeugniß handelt, welches auf Grund eigener Sinneswahrnehmung oder anderweitig gewonnener Ueberzeugung abzugeben, sondern um ein Urtheil (ein Werthurtheil), bezüglich dessen es der Natur der Sache nach dem Betreffenden in dessen Gewissen freigestellt sein muß, ob er im Stande ist, einen Eid dieses Inhalts zu schwören.

Was endlich den s. g. Manifestationseid anbetrifft, so ist es klar, daß die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer einen solchen vom eidesunmündigen Erben, welcher ja bei Aufnahme des Erbschafts-Inventars in der That nicht mitgewirkt, nicht verlangen können, wenn sie nicht dessen Eidesmündigkeit abwarten und sich alsdann mit einem Glaubenseide begnügen wollen. Wohl aber kann der Namens des eidesmündigen Erben verklagte Tutor, falls er das Erbschaftsverzeichniß aufgenommen, zum Eide angehalten werden, daß er von der Verlassenschaft nichts entwendet oder verschwiegen habe, wogegen von demselben, wenn ein anderer Vormund inventarisirt, wie vom haeres haeredis nur ein Eid des Glaubens oder je nach Umständen des Nichtwissens und Nichtglaubens gefordert werden kann. Selbstverständlich kann aber die Verweigerung eines solchen Eides von Seiten des Tutors das Recht des Deferenten zu einem Würderungseide nicht be-

---

tit. 7. art. 3. no. 6; Brunnemann, Comment. ad Pand. lib. XII. tit. 3. ad leg. 4. no. 1 sqq.; Lauterbach, colleg. theoret.-pract. lib. XII. tit. 3. §. 11; Stryk, de cautel. juram. P. III. sect. 3. cap. 3. no. 285.

gründen, da jene lediglich eine von Seiten des eidesverweigernden oder auch eines andern Vormundes stattgehabte Unterschlagung von Erbschaftsstücken mehr oder weniger wahrscheinlich macht.

§. 8.

Fortsetzung. — Die Vertretung des Minderjährigen durch dessen Curator.

Wenn nach römischem Rechte die Eidesdelation als Beweismittel an eine eidesmündige minderjährige Partei Statt hatte, so möchten gegen die heutige Anwendbarkeit dieses Satzes um deßwillen Bedenken entstehen, weil nach dem Gerichtsgebrauche der minor pubes nicht selbst, mit dem Consense eines ihm ad litem oder administrandi patrimonii gratia gegebenen Curators, processirt [113]), sondern vielmehr bei der Proceßführung durch seinen ständigen Vormund vertreten wird [114]). Dessenungeachtet erscheint der Minor, obwohl die gerichtlichen Ladungen und sonstigen Verfügungen dem Vormunde und nur diesem insinuirt werden, nicht als eine dritte Person in dem für ihn durch diesen geführten Rechtsstreite, sondern vielmehr als die eigentliche Partei, deren persönlichem Auftreten im Processe, sobald es nur unter Assistenz des Curators geschieht, in der That nichts im Wege steht, und welcher aus eben diesem Grunde ein Eid deferirt werden kann.

Andrerseits dürfte aber der Curator minoris nicht verpflichtet sein, in Sachen seines Pflegbefohlenen sich auf einen ihm deferirten Eid einzulassen, resp. einen solchen zu schwören, der Minor aus der Person seines Vormundes nicht durch die poena recusati betroffen werden können, und der Gegenpartei endlich die Verbindlichkeit nicht obliegen, sich, das jusjurandum in litem

---

[113]) const. 2. C. qui legitim. personam (3. 6); const. 11. C. qui dare tutores (5. 34).

[114]) Schmid, Handb. I. S. 175.

ausgenommen, einen Eid des Vertreters ihres eidesmündigen Gegners gefallen zu lassen.

Zwar sind Manche hier von entgegengesetzten Grundsätzen ausgegangen, indem sie den Curator minoris dem Tutor impuberis gleichstellten[115]) jedoch offenbar durch den zweifachen Irrthum veranlaßt, als ob der Unterschied zwischen Impuberes und Minores heutzutage seine Bedeutung verloren, und als ob ferner der Proceßvertreter (Tutor, Curator, Procurator) so oft eidespflichtig sei, als von dessen eigenen Handlungen die Rede. Erwägt man hiergegen aber, daß die Eidesdelation an einen Dritten, resp. die Eidesleistung durch einen solchen etwas durchaus Anomales ist, daß ferner für eine derartige Vertretung des eidesmündigen Minderjährigen, wie bereits gezeigt, ein practisches Bedürfniß nicht besteht, und zwar bei der Statthaftigkeit eines Glaubenseides selbst in dem Falle nicht, wenn von eigenen Handlungen des Curators die Rede, so wird man an dem Grundsatze festhalten müssen, daß eine Eidesdelation als Beweismittel nur an den Minor, nicht aber an dessen Vormund stattfindet.

Was nun insbesondere den Schiedseid anbetrifft, so ist zwar nicht zu bezweifeln, daß, wenn der Curator minoris den ihm von der Gegenpartei zugeschobenen Eid schwört, dies dem Pflegbefohlenen zu Statten kömmt.

Dagegen braucht sich nach den vorausgeschickten Grundsätzen der Vormund des Eidesmündigen auf einen solchen Antrag nicht einzulassen, und kann auch dessen Verweigerung des angenommenen Eides dem Minor nicht präjudiciren.

Der Gebrauch des Eides als Beweismittels setzt mit a. W. die Delation desselben an den Minor selbst voraus, und ist demnach, gleichgültig welches die streitigen Thatsachen sind, für das gemeine Recht weder die Ansicht begründet, daß der Eidesantrag

---

[115]) Mevius, comment. in Jus Lubec. lib. I. tit. VII. art. 3. no. 7 sqq.; u. decis. P. V. dec. 409; Leyser, med. spec. 136. m. 4; Glück, Erl. XII. S. 278; Malblanc §. 42.

an den Curator zu geschehen habe [116]), noch auch die andere Meinung, daß dem Deferenten die Wahl zustehe, ob er den Eid vom Vormunde oder vom Pflegbefohlenen fordern wolle [117]).

Wir sagten, daß die Eidesdelation an den Minor selbst zu geschehen habe; da dieser jedoch durch seinen Curator im Processe vertreten wird, so wird der Eidesantrag zu Handen des Pflegbefohlenen an dessen Vormund zu insinuiren sein, welchem es auch obliegt, die Einlassung darauf zu bewirken, ohne daß jedoch dessen Ungehorsam in dieser Hinsicht die poena recusati für den Minderjährigen nach sich ziehen könnte [118]).

Daß nun der Curator auf einen solchen Eidesantrag ohne Zuziehung des Curanden eine Gewissensvertretung durch Beweis übernehmen kann, ist um so weniger zu bezweifeln, als beim Mißlingen des angetretenen Beweises die ausgesetzte Einlassung auf den deferirten Eid mittelst Acceptation oder Relation desselben noch immer offen steht.

Dagegen kann der Vormund den seinem Pflegbefohlenen deferirten Eid ohne dessen Einwilligung nicht acceptiren, weil er wissen muß, ob der Minor im Stande und auch Willens ist, sein Gewissen durch Leistung des angetragenen Eides zu belasten. Hat jener daher ohne Einwilligung des Curanden den demselben deferirten Eid angenommen, so schadet diesem die Eidesverweigerung so wenig, als wenn sie sich auf einen Eid bezieht, den er ohne Zustimmung des Curators acceptirt [119]). Wohl aber trifft den Minor die poena recusati in Folge der Verweigerung eines Eides, den er mit Genehmigung seines Curators angenommen, indem letzterer hiermit in die Folge der immerhin möglichen Eides-

---

[116]) So nach der Hannöv. Proc.-Ordn. §. 283, nach welcher jedoch die Gegenpartei verlangen kann, daß der eidesmündige Minderjährige dann selbst schwöre, wenn der Eid die eigenen Handlungen desselben betrifft.

[117]) So nach der Preuß. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 10. §. 263.

[118]) R. D. A. v. J. 1600. §. 95.

[119]) Bad. Proc.-Ordn. §. 579.

verweigerung consentirt hat; wogegen die Leistung des ihm deferirten Eides dem Minderjährigen unter allen Umständen zu Statten kömmt [120]).

Den seinem Pflegbefohlenen deferirten Eid zurückzuschieben, ist aber der Curator nur dann berechtigt, wenn er eine Gewissensvertretung durch Beweis mit Aussicht auf Erfolg zu übernehmen nicht vermag und der eidesmündige Minderjährige den ihm zugemutheten Eid zu schwören nicht im Stande oder auch nicht Willens ist [121]).

In derselben Weise kann aber ein von Seiten des eidesmündigen Minor's deferirter Eid nur an diesen selbst zurückgeschoben werden, welcher auch den referirten Eid sub poena recusati zu schwören schuldig ist, während der Vormund nicht statt seines Curanden schwören kann, und auch nicht verbunden ist, den an ihn selbst zurückgeschobenen Eid zu leisten.

In ähnlicher Art wie mit dem Schiedseide verhält es sich aber mit dem Editions- und Diffessionseide. Insbesondere kann der Producent, was diesen letztern anbetrifft, verlangen, daß derselbe durch den Minor abgeleistet werde, so wie auch nur dieser, nicht aber dessen Curator, zur eidlichen Ableugnung der diffitirten Urkunde, falls nicht vom Gegner ein anderweitiger Aechtheitsbeweis übernommen wird, berechtigt ist.

Ebenso sind richterliche Notheide dem Minor de veritate oder de credulitate, und nicht dessen Curator, sollte auch die streitige Thatsache eine Handlung dieses letzteren sein, aufzulegen; wobei der Consens des Curators für die Eidesannahme zum Zwecke des Eintritts der poena recusati hier um deßwillen nicht nöthig, weil er nicht verweigert werden kann.

Dagegen muß sich allerdings die Gegenpartei gefallen lassen, daß statt des Minors dessen Vormund, der dazu freilich nicht

---

120) Stryk, de cautel. juram. P. II. sect. 1. cap. 3. no. 34 sqq.

121) Lauterbach, diss. de relat. jurisj. §. XVI.

verbunden, in litem schwöre [122]), eine Bestimmung, welche dadurch gerechtfertigt ist, daß es sich hier nicht um ein Zeugniß, sondern um ein Urtheil handelt, zu welchem dem adolescens leicht die nöthige Verstandesreife und Erfahrung abgehen kann.

§. 9.

Fortsetzung. — Die Vertretung der Geisteskranken, Abwesenden und Verschwender durch deren Vormünder.

Analoge Verhältnisse wie bei Impuberes finden sich bei Geisteskranken (furiosi, dementes) insoferne vor, als diese wie jene nicht allein blos mittelst der nothwendigen Vertretung durch ihre Vormünder processiren können, sondern auch eidesunfähig sind. Ja es tritt bei Geisteskranken das practische Bedürfniß nach einer Stellvertretung hinsichtlich der Eidesdelation und Eidesleistung insofern in höherem Maße wie bei Unmündigen hervor, als die Eidesunfähigkeit jener keine solche ist, deren Aufhören in einem bestimmten Zeitpunkte in Aussicht stünde. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die in Betreff des Tutor Impuberis entwickelten Grundsätze auch auf den Curator furiosi anzuwenden; daß dieser also für verpflichtet zu erachten in Sachen seines Pflegbefohlenen sich auf einen ihm deferirten Eid einzulassen, beziehungsweise einen solchen zu schwören; daß ferner den Geisteskranken in der nämlichen Weise wie den Impubes die poena recusati aus der Person seines Vormundes treffen kann, und daß dieser endlich ohne Einwilligung der Gegenpartei zum Vortheile seines Curanden zu schwören berechtigt.

Ein analoges Verhältniß aber wie beim Geisteskranken findet bei dem Abwesenden Statt, dessen Aufenthalt, resp. Leben und Tod, unbekannt ist. Denn läßt sich hier zwar nicht sagen, daß die abwesende durch einen Curator processirende Partei eides-

[122]) l. 4. pr. D. de in lit. jur. (12. 3).

unfähig, so ist doch deren Eidesfähigkeit zweifelhaft, so wie auch die Unmöglichkeit vorhanden, dieselbe von einem Eidesantrage in Kenntniß zu setzen, deren Absicht hinsichtlich eines solchen zu vernehmen, resp. sie den Eid schwören zu lassen. Thatsächlich liegen hier also ähnliche Verhältnisse wie beim furiosus vor, nämlich die Unmöglichkeit einer Eidesdelation, einer Erklärung auf den Eidesantrag, einer Eidesleistung so wie auch eines Aufschubs des einen oder anderen auf den ungewissen Fall einer Rückkehr. Daß diesen Schwierigkeiten aber nicht, wie ältere Processualisten meinten, durch die Leistung eines Eides in die Seele des Abwesenden von Seiten eines hierzu Beauftragten abgeholfen werden kann, ist schon früher gezeigt worden, und erübrigt demnach, wenn die Eidesdelation in Rechtsstreitigkeiten gegen einen Abwesenden der in Frage stehenden Art nicht ganz ausgeschlossen sein soll, nur die analoge Anwendung der hinsichtlich des Tutor Impuberis und Curator furiosi ausgeführten Grundsätze, auf den Proceß-Vertreter jenes, mag derselbe ein gewöhnlicher Curator absentis oder wie bei der s. g. cura anomala et extraordinaria des deutschen Rechts der in die Güter des Verschollenen eingewiesene muthmaßliche Erbe dieses letztern sein.

Anders dagegen gestalten sich die Verhältnisse beim gerichtlich erklärten Verschwender. Denn kann dieser allerdings wie der furiosus nur durch Vertretung seines Curators processiren, so ist er dagegen an sich keineswegs eidesunfähig [123]). In dieser doppelten Hinsicht tritt hier die Analogie mit dem minor pubes hervor, und dürfte hierdurch die Ansicht sich rechtfertigen, daß die von der Eidesdelation an Minderjährige geltenden Grundsätze auch auf prodigi anzuwenden [124]). Auch macht der Eintritt der poena

---

[123]) Lauterbach, coll. theor. pract. lib. XII. tit. 2. §. 9; Wernher, observ. tom. I. P. IV. obs. 151. no. 75; dageg. Stryk, de cautel. jurament. P. II. sect. 1. cap. 3. no. 129.

[124]) So auch die Bad. Proc.-Ordn. §. 579; Preuß. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 10. §. 266.

recusati hier so wenig wie dort Schwierigkeiten, da sie nur an die Verweigerung solcher Eide sich knüpfen wird, welche der Verschwender mit Einwilligung seines Curators angenommen, oder rücksichtlich welcher, wie bei richterlichen Notheiden, diese Zustimmung sich von selbst versteht, während der prodigus, soferne er mit seinem Vormunde handelt, die Willens- und Dispositionsfähigkeit hat, ohne welche die Fiction eines gerichtlichen Geständnisses auf ihn unanwendbar wäre.

Nur in Einem Punkte dürfte hier eine Abweichung von den hinsichtlich des eidesmündigen Minderjährigen entwickelten Grundsätzen stattfinden, insoferne nämlich, als der Gegner der prodigus sich nicht gefallen zu lassen braucht, daß statt dieses dessen Vormund in litem schwöre, da die ratio legis, weßhalb der curator minoris hierzu berechtigt, hier in der That nicht paßt.

§. 10.

Fortsetzung. — Die Vertretung des Cridars durch den Contradictor.

Wenn in den bisher erörterten Verhältnissen sich bereits eine große Verschiedenheit der Ansichten sowohl bei den Lehrern des gemeinen Rechts als auch in den einzelnen Particular-Gesetzgebungen kundgab, so herrscht dagegen eine völlige Verwirrung bezüglich der Beantwortung der Frage, wie es sich im Concursverfahren mit der Delation von Eiden nach der Seite des Gemeinschuldners hin verhält.

Zur Gewinnung fester Grundsätze in dieser Lehre dürfte es vor Allem nöthig sein, die Stellung des Cridars im Concursverfahren, so wie überhaupt den Einfluß der Ganteröffnung auf dessen Fähigkeit näher zu betrachten.

Vor Allem hat der Gemeinschuldner die Proceßfähigkeit insoferne verloren, als er nur mittelst der Vertretung durch den Contradictor mit den liquidantischen Gläubigern im Concurse streiten kann. Um Collusionen des Cridars zu Gunsten einzelner Creditoren vorzubeugen ist derselbe von persönlicher selbstständiger

Theilnahme an der Führung der Liquidations-Streitigkeiten ausgeschlossen, bei welchen er durch den Gant-Anwalt, der die Wahrheit und Richtigkeit der angemeldeten Forderungen zu prüfen und die dem Schuldner zustehenden Einreden geltend zu machen hat, vertreten wird.

Andrerseits ist aber die Eröffnung des Concurses an sich ohne Einfluß auf die Eidesfähigkeit des Cridars, obwohl ihm diese freilich aus andern Gründen, wovon im Folgenden zunächst abzusehen, abgehen kann [125]). Dies wird denn auch allgemein zugegeben und daher angenommen, daß der Cridar nicht allein zur Ausschwörung eines ihm von einem Gläubiger zugeschobenen Eides zuzulassen, sondern, daß er denselben auch mit voller Wirkung leiste, für welchen letztern Satz man sich darauf beruft, daß der sachfällige Gläubiger es auf einen solchen Eid habe ankommen lassen wollen, während die Lage der übrigen Creditoren hierdurch nur verbessert sein könne [126]).

Dagegen wird von Manchen in Abrede gestellt, daß eine Eidesdelation als Beweismittel an den Cridar Statt habe, d. h. in der Art, daß eine Einlassung auf einen solchen Eidesantrag geschehen, resp. der Delat den Eid schwören müsse, indem man sich namentlich darauf gründet, daß derselbe am Concursverfahren keinen Antheil nehme, in diesem nicht Partei sei [127]).

Andere nehmen dagegen die Statthaftigkeit einer Eidesdelation an den Cridar in der Art, daß eine Einlassung darauf erfolgen müsse, resp. derselbe zur Eidesleistung verbunden sei, an, indem sie jedoch die Anwendung der poena recusati hier verwerfen, theils deßhalb, weil der Gemeinschuldner zu einem ge-

---

[125]) Bad. Proc.-Ordn. §. 837.

[126]) Bayer, Concurs §. 62; Schmid, Handb. III, S. 319.

[127]) Hommel, Rhaps. obs. 538; Schweppe, Concurs §. 132; Glück Erl. XII. S. 282; — Franck, der gem. u. schlesw.-holstein. Proceß II. S. 518; Günther, Concurs, S. 92; — Preuß. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 10. §. 280.

richtlichen Geständnisse unfähig und daher auch die Fiction eines solchen bei ihm nicht möglich sei, theils in Folge der Erwägung, daß die an die Strafe der Eidesverweigerung sich knüpfende Anerkennung der gegnerischen Forderung es dem Cridar ermöglichen würde, betrügerischer Weise einen Theil der Masse den übrigen Liquidanten zu entziehen. Bei dieser Sachlage sucht man sich nun, indem man freilich allein auf den Schiedseid zu reflectiren pflegt, in verschiedener Weise zu helfen. Nach Einer Meinung sollen die interessirten Gläubiger befugt sein, gegen die Eidesverweigerung des Gemeinschuldners zu protestiren und entweder den Eid dem Deferenten zurückzuschieben oder vom Schuldner die eidliche Bestärkung, daß es mit der betreffenden Forderung seine Richtigkeit habe, zu verlangen [128]). Nach einer andern Meinung soll die Eidesrecusation des Cridars keine größere Kraft haben als ein von diesem wirklich abgelegtes Geständniß, von welchem letztern man lehrt, daß es zwar kein vollgültiges sei, jedoch nicht allen Werths ermangle, indem die Umstände zu bestimmen hätten, wie viel Glauben ihnen beizumessen [129]).

Mit diesen verschiedenen Ansichten hängt aber eine weitere Divergenz der Meinungen zusammen.

Diejenigen, welche die Eidesdelation an den Cridar als Beweismittel verwerfen, substituiren hier dem Schuldner schlechtweg den Contradictor, welcher schuldig sein soll, sich auf einen Eidesantrag einzulassen, beziehungsweise den ihm deferirten Eid je nach Umständen de veritate, credulitate oder ignorantia zu schwören [130]),

---

[128]) Danz, summar. Proc. §. 185. not. g a. E.

[129]) Schmid, Handb. III S. 319 a. E. u. S. 320. — Bad. Proc.-Ordn. §. 839.

[130]) Pufendorf, observat. jur. univ. tom. II. obs. 152; Leyser, med. ad pand. spec. 491. m. 10 u. m. 11; Schweppe, Concurs §. 132; Günther, Concurs S. 92; Francke, a. a. O. II. S. 517 flg.; Seuffert, Arch. Bd. VIII. no. 325.

oder auch statt dessen die Gläubiger, welche bei der Aberkennung der Forderung des Liquidanten interessirt sind [131]).

Die Vertheidiger der Meinung dagegen, daß zwar ein Eid dem Cridar deferirt werden könne, allein die poena recusati hier keine Anwendung finde, gestatten eine Eidesdelation an den Schuldner oder den Contradictor [132]).

Geht man nun auf die Prüfung dieser verschiedenen Ansichten über, so ist vorerst diejenige zu verwerfen, welche das Beweismittel der Eidesdelation an den Cridar ausschließt. Denn wird letzterer nach gemeinem Rechte in den Liquidations-Streitigkeiten allerdings durch den Contradictor vertreten, so ist er doch die den Liquidanten gegenüberstehende Partei, und steht seinem persönlichen Austreten im Processe, wenn es nur unter Assistenz des Contradictors geschieht, so wenig ein rechtliches Hinderniß entgegen als demjenigen des durch einen Curator vertretenen Minderjährigen, was denn auch schon ältere Juristen und Urtheile anerkannten [133]).

Was aber die Meinung anbetrifft, welche die poena recusati bei einem durch den Gemeinschuldner verweigerten Eide für unanwendbar erachtet, so ist es vorerst klar, daß dasjenige, was man an deren Stelle setzen will, in der That ohne Halt ist.

Zunächst läßt sich nämlich die rechtliche Möglichkeit nicht einsehen, wie ein von einem Gläubiger dem Cridar deferirter und von diesem verweigerter oder als verweigert zu betrachtender Eid von andern Creditoren dem Deferenten sollte zurückgeschoben werden können. Denn es kann ein recusirter Eid nicht referirt werden, es müßte denn die Recusation als nicht geschehen zu betrachten und die Zeit für die Einlassung auf den Eidesantrag noch nicht abgelaufen sein. Selbst unter dieser Voraussetzung

---

131) Schweppe, Concurs §. 132; Francke, a. a. O. II. S. 517 flg.

132) Schmid, Handb. III. S. 319; Bad. Proc.-Ordn. §§. 837. 839—841.

133) Rivinus, de jurejur. in alterius animam. §. XXXIV.

können aber Creditoren einem andern mit dem Gemeinschuldner in einem Liquidations-Streite begriffenen Gläubiger, wiewohl sie in einen solchen Streit accessorisch zu interveniren befugt sind, einen Eid nicht zurückschieben, weil sie keine Befugniß haben über das streitige Verhältniß, dessen Entscheidung von der Eidesleistung des Relaten abhängig gemacht werden soll, zu disponiren. Noch ungereimter aber ist die andere Alternative, die man den Mitgläubigern des Deferenten hier einräumen will, nämlich von dem Gemeinschuldner die eidliche Bestärkung der Forderung, rücksichtlich welcher er den ihm angetragenen Eid recusirt hat, zu verlangen, da sich weder die Natur jenes Bestärkungseides, noch auch die Wirkung, welche dessen Verweigerung haben sollte, einsehen läßt.

Wenn man aber behauptet, die Eidesverweigerung des Cridars wirke wie ein von demselben ausdrücklich abgelegtes Geständniß, bei welchem die Umstände darüber entscheiden müßten, wie viel Glauben ihm beizumessen, so übersieht man, daß, wenn die poena recusati, oder mit a. W. die Fiction eines gerichtlichen vollgültigen Geständnisses hier unanwendbar, der Richter, für welchen regelmäßig die verschiedenen möglichen Motive der Eidesverweigerung nicht wahrnehmbar, in der That keinen Anhaltspunkt für die Bestimmung seiner Ueberzeugung hat, also nicht in der Lage ist, den streitigen Anspruch als mehr oder weniger denn zur Hälfte bewiesen, oder als ganz oder gar nicht hergestellt zu betrachten. Die Aussage einer Partei zu ihrem Nachtheile kann je nach der Art, wie sie geschehen, und den Umständen, unter denen sie stattgehabt, mehr oder weniger Glauben verdienen. Hier handelt es sich aber nicht um eine derartige Aussage, sondern darum, ob als Folge der Eidesverweigerung die Fiction einer solchen eintritt oder nicht eintritt. Ist jenes der Fall, so muß jene fingirte Aussage eine bestimmte juristische Bedeutung haben, die nach bestehenden Rechten keine andere als die eines gerichtlichen Geständnisses sein kann. Tritt diese Fiction nicht ein, so ist die Eidesverweigerung ohne

rechtliche Folge, mit a. W. die Eidesdelation unwirksam, wie nach römischem Rechte diejenige an den Impubes, welcher den ihm zugeschobenen Eid nicht leistet.

Wir meinen, daß es demnach nur eine doppelte Alternative geben kann; entweder es findet die in der Fiction eines gerichtlichen Geständnisses bestehende poena recusati auch auf den Cridar Anwendung, oder es ist die Eidesdelation an den Gemeinschuldner als Beweismittel nicht gegeben, wie letzteres eine früher erwähnte Meinung freilich aus einem andern Grunde annimmt.

Wir stehen nicht an, uns für die erstere Alternative zu entscheiden [134]). Allerdings setzt die Fiction eines gerichtlichen Geständnisses die persönliche Qualification der Partei, auf welche jene Fiction bezogen werden soll, zu einem solchen Geständnisse voraus; allein es fällt die hier nöthige Fähigkeit mit der Fähigkeit zur Proceßführung zusammen, welche der Cridar insoferne hat, als er mit Einwilligung des Contradictors handelt. Hat letzterer aber in die Annahme eines dem Cridar deferirten Eides gewilligt, so hat er auch die Consequenz einer möglichen Eidesverweigerung genehmigt, und steht sonach dem Eintritt der poena recusati nichts entgegen. Durch diese wird aber auch den Mitgläubigern des Liquidanten, welchem die Eidesverweigerung zu Statten kömmt, nicht präjudicirt, da sie unzweifelhaft befugt sind, den Nachweis zu übernehmen, daß die Forderung, welche nach der poena recusati als gerichtlich eingestanden zu betrachten, in Wirklichkeit nicht bestehe, resp. die Eidesrecusation in fraudem ihrer Rechte geschehen [135]).

Ist nun unter den bezeichneten Voraussetzungen eine Eidesdelation an den Cridar mit voller Wirksamkeit möglich, so ist sowohl die Ansicht verwerflich, welche hier der Contradictor dem Gemeinschuldner schlechthin substituirt, als auch diejenige, welche

---

[134]) Rivinus l. c. §. XXXIV u. das daselbst angeführte Urtheil des Leipzig. Handelsgerichts v. 14. Mai 1707.

[135]) Arg. l. 3. §. 1. D. quae in fraudem creditor. (42. 8).

dem liquidirenden Gläubiger die Wahl einer Eidesdelation an den einen oder den andern läßt. Denn es ist der Contradictor nicht Partei, sondern nur ein nothwendiger Vertreter der Partei; ein practisches Bedürfniß, jenen hinsichtlich der Eidesdelation und Eidesleistung an die Stelle des Gemeinschuldners treten zu lassen, hier so wenig wie beim Curator minoris vorhanden, während sich endlich ein fester gemeiner Gerichtsgebrauch für die entgegengesetzte Meinung nicht nachweisen läßt. Daß freilich der Contradictor einen ihm von einem Gläubiger zugeschobenen Eid schwören kann, und eine solche Eidesleistung dem Schuldner zu Statten kömmt [136]), läßt sich nach unsern frühern Erörterungen nicht bezweifeln, wie es auch mit den dargelegten Principien in keinem Widerspruche steht.

Wenden wir das Gesagte nun zunächst auf den Schiedseid an, so ist es in analoger Anwendung der Grundsätze, welche hinsichtlich des durch einen Curator vertretenen Minderjährigen ausgeführt worden, klar, daß der Eidesantrag zu Handen des Cridars an den Contradictor zu insinuiren, welchem es obliegt, die Einlassung darauf zu bewirken. Auch dürfte der hier stattfindende Ungehorsam dieses nothwendigen Vertreters nach Analogie der Bestimmung der R. D. A. v. 1600 §. 95 die poena recusati nicht zur Folge haben.

Der Contradictor kann aber mit Einwilligung des Gemeinschuldners den diesem zugeschobenen Eid zu Handen desselben acceptiren, in welchem Falle die Eidesverweigerung des Cridars die poena recusati nach sich zieht. Ebenso kann jener den letzterem deferirten Eid zurückschieben [137]), wozu er jedoch nur dann für befugt zu erachten, wenn er eine Gewissensvertretung durch Beweis mit Aussicht auf Erfolg zu übernehmen nicht vermag und

---

[136]) Dies nur sagt Brunnemann, de processu concursus creditor. Cap. III. §. XIII.

[137]) Wernher, obs. P. VI. obs. 350; Bad. Proc.-Ordn. §. 841.

der Cridar den ihm zugemutheten Eid zu schwören nicht im Stande oder auch nicht Willens ist. Bei einer solchen Sachlage ist übrigens der Contradictor zur Eidesrelation nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet, indem er dadurch nur unter der Bedingung der Ausschwörung des zurückgeschobenen Eides die Forderung anerkennt, die sonst unbedingt für eingeräumt zu erachten wäre. Liegen dagegen jene Voraussetzungen nicht vor, so können die übrigen Liquidanten sich der Eideszurückschiebung als einer in fraudem ihrer Rechte geschehenen entgegensetzen [138]).

Hat aber der Contradictor einem Gläubiger den Eid deferirt, so kann das Recht dieses letztern zu dessen Zurückschiebung nicht bezweifelt werden. Diese findet aber nur an den Cridar in der Art Statt, daß die Verweigerung des Eides die poena recusati zur Folge hätte.

Nothwendige Eide endlich, welche auf Seite des Schuldners aufzulegen, sind an diesen und nicht an den Contradictor zu deferiren [139]). Auch hier hat aber die Eidesverweigerung die poena recusati zur Folge, da die gerichtliche Eidesauflage offenbar die Einwilligung des Curators in die Eidesannahme ersetzt; doch können selbstverständlich die Mitgläubiger des Liquidanten, welchem die Eidesverweigerung zu Statten kömmt, den Beweis übernehmen, daß dieselbe in fraudem ihrer Rechte geschehen.

Indem wir von dem Grundsatze ausgiengen, daß der Contradictor nicht eidespflichtig, daß er insbesondere hinsichtlich eines auf die Seite des Schuldners zu deferirenden, resp. von dieser Seite zu leistenden Eides nicht an die Stelle des von ihm Repräsentirten trete, setzten wir die Eidesfähigkeit des Cridars voraus. Anders verhält sich dagegen die Sache, wo diese letztere fehlt, insbesondere der Gemeinschuldner todt oder dessen Aufent-

---

[138]) Arg. l. 95. 5. D. de juris. (12. 2).

[139]) Dagegen Leyser, med. ad pand. sp. 491. med. 11; Schweppe, Concurs §. 132 a. E.

halt, Leben und Tod, unbekannt. Hier dürfte das praktische Bedürfniß allerdings darauf hinweisen auf den Contradictor die Grundsätze anzuwenden, die weiter oben in Betreff der Vormünder Eidesunfähiger ausgeführt worden sind; wie denn auch unter solcher Voraussetzung allein die ältern Processualisten einen Contradictor bestellen lassen wollten, den sie alsdann hinsichtlich der Eidesdelation und Eidesleistung als Partei behandelten [140].

[140]) Berger, Elect. disceptat. forens. tit. XVIII. obs. IV. not. 2; Wernher, observ. for. P. X. obs. 446.

XII.

Ueber die aus dem Mangel der Sachlegitimation entspringende Nichtigkeit.

Von

Herrn Professor C. Volgiano in München.

(Fortsetzung und Schluß der Abh. II im vorigen Hefte.)

III. Abtheilung.

(Casuistik.)

Was nun die möglichen Folgen des Mangels der Sachlegitimation bezüglich der verschiedenen Stadien des Verfahrens anbelangt, so lassen sich diese auf Grund des in Abtheilung II Gesagten leicht feststellen.

Dieselben sind verschieden, je nachdem die Legitimation bloß formell [*]), oder auch materiell, oder bloß materiell fehlt. —

[*]) Formell fehlt aber die S.-L. meines Erachtens bloß dann, wenn Kläger in der Klageschrift kein factum legitimans angeführt hat, nicht aber dann, wenn das angeführte factum ein unrichtiges ist, oder der Richter versäumt hat, den Beweis hierüber aufzulegen, somit den Legitimationspunkt unbeachtet gelassen hat. A. M. in der einen und andern Hinsicht Bethmann-Hollweg a. a. O. Vgl. dagegen Brackenhoeft (l. c. Note 12) u. Abthlg. II. a. E.

Nehmen wir an, es habe Jemand eine Foderung eingeklagt, die nicht ihm, sondern einem Dritten zusteht, so sind eigentlich bloß zwei Fälle möglich: entweder tritt Kläger alieno oder proprio nomine auf, und von diesen beiden Fällen gehört überdieß der erste gar nicht hieher, weil es dort nicht an der Sach-, sondern an der Prozeßlegitimation fehlt. Indessen wollen wir doch auch diesen Fall hereinziehen, da er zum Verständniß der übrigen Eventualitäten absolut nothwendig ist. Obgleich nämlich (wie oben bemerkt) bloß 2 Fälle denkbar sind, wenn Kläger die Forderung eines Dritten einklagt und seine Klage fehlerfrei ist, so kann doch der Inhalt der Klageschrift mit Rücksicht auf die möglichen Mängel ein fünffacher sein.

I. Kläger tritt alieno nomine auf, d. h. er gibt an, er sei der Anwalt des Gläubigers, ohne jedoch eine Vollmacht beizubringen.

II. Kläger tritt proprio nomine auf und führt zugleich das factum legitimans an, wodurch er die Foderung erworben hat.

III. Kläger tritt proprio nomine auf, ohne jedoch anzuführen, wie die Foderung auf ihn übergegangen ist.

IV. Kläger macht die Foderung des Dritten geltend, ohne zu erklären, daß er Stellvertreter des eigentlich Berechtigten sei, ohne aber auch anzugeben, wie er dazu komme, die Foderung für sich geltend zu machen.

Endlich V. Kläger tritt als Anwalt des Dritten auf und legitimirt sich durch eine Prozeß-Vollmacht desselben.

In allen diesen Fällen, mit Ausnahme der Fälle II und V, ist die Klageschrift mangelhaft. Im Fall I liegt formeller Mangel der Prozeßlegitimation vor, im Fall III formeller Mangel der Sachlegitimation. Im Fall IV ist es zweifelhaft, welcher von beiden Mängeln in Frage steht.

Die rechtlichen Folgen werden nun verschieden sein, je nachdem zum formellen Mangel der Prozeß-, resp. Sachlegitimation

der materielle Mangel hinzutritt, oder nicht. Besprechen wir daher die obigen 4 Fälle der Reihe nach.

Zum Fall I.

Kläger ist als Stellvertreter des eigentlich Berechtigten aufgetreten, ohne eine Vollmacht des Prinzipals beizubringen (formeller Mangel der Prozeßlegitimation).

Der Richter soll hier den Kläger angebrachtermaßen abweisen, oder ihm eine Frist zur Nachbringung der Vollmacht geben, ausgenommen er hat ein mandatum praesumtum für sich. Geschieht das nicht, so soll Beklagter die s. g. exceptio deficientis legit. ad proc. entgegnen, welche er übrigens in jedem Stadium des Prozesses vorbringen kann, und auf deren Ergänzung der Richter von Amtswegen dringen muß.

c. 4. X. (1. 38) v. Bayer 8. Aufl. S. 377.

Wurde aber dieser Punkt übersehen, und zu Gunsten des Klägers erkannt, als wenn er sich legitimirt hätte, so ist Urtheil und Verfahren unheilbar nichtig, wenn zum formellen Mangel der Prozeßlegitimation der materielle hinzutritt, d. h. wenn Kläger wirklich außer Stande ist, das Ratificatorium seines Prinzipals beizubringen.

fr. 56. D. (5. 1) c. 24. Cod. (2. 13) c. 1. Cod. (7. 56) J. R. A. §. 122. v. Bayer S. 375 fg. u. S. 1083.

Zum Fall II.

Kläger ist in eigenem Namen aufgetreten, und hat auch ein factum legitimans angeführt, z. B. die Cession der Foderung, allein dasselbe ist entweder:

1) unbegründet, oder 2) es legitimirt den Kläger nicht (materieller Mangel der Sachlegitimation).

ad 1. Hier kömmt es darauf an, ob der Beklagte das factum cessionis ausdrücklich zugesteht oder nicht. Im ersten

richtlichen Geständnisse unfähig und daher auch die Fiction eines solchen bei ihm nicht möglich sei, theils in Folge der Erwägung, daß die an die Strafe der Eidesverweigerung sich knüpfende Anerkennung der gegnerischen Forderung es dem Cridar ermöglichen würde, betrügerischer Weise einen Theil der Masse den übrigen Liquidanten zu entziehen. Bei dieser Sachlage sucht man sich nun, indem man freilich allein auf den Schiedseid zu reflectiren pflegt, in verschiedener Weise zu helfen. Nach Einer Meinung sollen die interessirten Gläubiger befugt sein, gegen die Eidesverweigerung des Gemeinschuldners zu protestiren und entweder den Eid dem Deferenten zurückzuschieben oder vom Schuldner die eidliche Bestärkung, daß es mit der betreffenden Forderung seine Richtigkeit habe, zu verlangen [128]). Nach einer andern Meinung soll die Eidesrecusation des Cridars keine größere Kraft haben als ein von diesem wirklich abgelegtes Geständniß, von welchem letztern man lehrt, daß es zwar kein vollgültiges sei, jedoch nicht allen Werths ermangle, indem die Umstände zu bestimmen hätten, wie viel Glauben ihnen beizumessen [129]).

Mit diesen verschiedenen Ansichten hängt aber eine weitere Divergenz der Meinungen zusammen.

Diejenigen, welche die Eidesdelation an den Cridar als Beweismittel verwerfen, substituiren hier dem Schuldner schlechtweg den Contradictor, welcher schuldig sein soll, sich auf einen Eidesantrag einzulassen, beziehungsweise den ihm deferirten Eid je nach Umständen de veritate, credulitate oder ignorantia zu schwören [130]),

---

[128]) Danz, summar. Proc. §. 185. not. g a. E.

[129]) Schmid, Handb. III S. 319 a. E. u. S. 320. — Bad. Proc.-Ordn. §. 839.

[130]) Pufendorf, observat. jur. univ. tom. II. obs. 152; Leyser, med. ad pand. spec. 491. m. 10 u. m. 11; Schweppe, Concurs §. 132; Günther, Concurs S. 92; Francke, a. a. O. II. S. 517 flg.; Seuffert, Arch. Bd. VIII. no. 325.

oder auch statt dessen die Gläubiger, welche bei der Aberkennung der Forderung des Liquidanten interessirt sind [131]).

Die Vertheidiger der Meinung dagegen, daß zwar ein Eid dem Cridar deferirt werden könne, allein die poena recusati hier keine Anwendung finde, gestatten eine Eidesdelation an den Schuldner oder den Contradictor [132]).

Geht man nun auf die Prüfung dieser verschiedenen Ansichten über, so ist vorerst diejenige zu verwerfen, welche das Beweismittel der Eidesdelation an den Cridar ausschließt. Denn wird letzterer nach gemeinem Rechte in den Liquidations-Streitigkeiten allerdings durch den Contradictor vertreten, so ist er doch die den Liquidanten gegenüberstehende Partei, und steht seinem persönlichen Auftreten im Processe, wenn es nur unter Assistenz des Contradictors geschieht, so wenig ein rechtliches Hinderniß entgegen als demjenigen des durch einen Curator vertretenen Minderjährigen, was denn auch schon ältere Juristen und Urtheile anerkannten [133]).

Was aber die Meinung anbetrifft, welche die poena recusati bei einem durch den Gemeinschuldner verweigerten Eide für unanwendbar erachtet, so ist es vorerst klar, daß dasjenige, was man an deren Stelle setzen will, in der That ohne Halt ist.

Zunächst läßt sich nämlich die rechtliche Möglichkeit nicht einsehen, wie ein von einem Gläubiger dem Cridar deferirter und von diesem verweigerter oder als verweigert zu betrachtender Eid von andern Creditoren dem Deferenten sollte zurückgeschoben werden können. Denn es kann ein recusirter Eid nicht referirt werden, es müßte denn die Recusation als nicht geschehen zu betrachten und die Zeit für die Einlassung auf den Eidesantrag noch nicht abgelaufen sein. Selbst unter dieser Voraussetzung

---

131) Schweppe, Concurs §. 132; Francke, a. a. O. II. S. 517 flg.

132) Schmid, Handb. III. S. 319; Bad. Proc.-Ordn. §§. 837. 839—841.

133) Rivinus, de jurejur. in alterius animam. §. XXXIV.

können aber Creditoren einem andern mit dem Gemeinschuldner in einem Liquidations-Streite begriffenen Gläubiger, wiewohl sie in einen solchen Streit accessorisch zu interveniren befugt sind, einen Eid nicht zurückschieben, weil sie keine Befugniß haben über das streitige Verhältniß, dessen Entscheidung von der Eidesleistung des Relaten abhängig gemacht werden soll, zu disponiren. Noch ungereimter aber ist die andere Alternative, die man den Mitgläubigern des Deferenten hier einräumen will, nämlich von dem Gemeinschuldner die eidliche Bestärkung der Forderung, rücksichtlich welcher er den ihm angetragenen Eid recusirt hat, zu verlangen, da sich weder die Natur jenes Bestärkungseides, noch auch die Wirkung, welche dessen Verweigerung haben sollte, einsehen läßt.

Wenn man aber behauptet, die Eidesverweigerung des Cridars wirke wie ein von demselben ausdrücklich abgelegtes Geständniß, bei welchem die Umstände darüber entscheiden müßten, wie viel Glauben ihm beizumessen, so übersieht man, daß, wenn die poena recusati, oder mit a. W. die Fiction eines gerichtlichen vollgültigen Geständnisses hier unanwendbar, der Richter, für welchen regelmäßig die verschiedenen möglichen Motive der Eidesverweigerung nicht wahrnehmbar, in der That keinen Anhaltspunkt für die Bestimmung seiner Ueberzeugung hat, also nicht in der Lage ist, den streitigen Anspruch als mehr oder weniger denn zur Hälfte bewiesen, oder als ganz oder gar nicht hergestellt zu betrachten. Die Aussage einer Partei zu ihrem Nachtheile kann je nach der Art, wie sie geschehen, und den Umständen, unter denen sie statgehabt, mehr oder weniger Glauben verdienen. Hier handelt es sich aber nicht um eine derartige Aussage, sondern darum, ob als Folge der Eidesverweigerung die Fiction einer solchen eintritt oder nicht eintritt. Ist jenes der Fall, so muß jene fingirte Aussage eine bestimmte juristische Bedeutung haben, die nach bestehenden Rechten keine andere als die eines gerichtlichen Geständnisses sein kann. Tritt diese Fiction nicht ein, so ist die Eidesverweigerung ohne

rechtliche Folge, mit a. W. die Eidesdelation unwirksam, wie nach römischem Rechte diejenige an den Impubes, welcher den ihm zugeschobenen Eid nicht leistet.

Wir meinen, daß es demnach nur eine doppelte Alternative geben kann; entweder es findet die in der Fiction eines gerichtlichen Geständnisses bestehende poena recusati auch auf den Cridar Anwendung, oder es ist die Eidesdelation an den Gemeinschuldner als Beweismittel nicht gegeben, wie letzteres eine früher erwähnte Meinung freilich aus einem andern Grunde annimmt.

Wir stehen nicht an, uns für die erstere Alternative zu entscheiden [134]). Allerdings setzt die Fiction eines gerichtlichen Geständnisses die persönliche Qualification der Partei, auf welche jene Fiction bezogen werden soll, zu einem solchen Geständnisse voraus; allein es fällt die hier nöthige Fähigkeit mit der Fähigkeit zur Proceßführung zusammen, welche der Cridar insoferne hat, als er mit Einwilligung des Contradictors handelt. Hat letzterer aber in die Annahme eines dem Cridar deferirten Eides gewilligt, so hat er auch die Consequenz einer möglichen Eidesverweigerung genehmigt, und steht sonach dem Eintritt der poena recusati nichts entgegen. Durch diese wird aber auch den Mitgläubigern des Liquidanten, welchem die Eidesverweigerung zu Statten kömmt, nicht präjudicirt, da sie unzweifelhaft befugt sind, den Nachweis zu übernehmen, daß die Forderung, welche nach der poena recusati als gerichtlich eingestanden zu betrachten, in Wirklichkeit nicht bestehe, resp. die Eidesrecusation in fraudem ihrer Rechte geschehen [135]).

Ist nun unter den bezeichneten Voraussetzungen eine Eidesdelation an den Cridar mit voller Wirksamkeit möglich, so ist sowohl die Ansicht verwerflich, welche hier der Contradictor dem Gemeinschuldner schlechthin substituirt, als auch diejenige, welche

---

[134]) Rivinus l. c. §. XXXIV u. das daselbst angeführte Urtheil des Leipzig. Handelsgerichts v. 14. Mai 1707.

[135]) Arg. l. 3. §. 1. D. quae in fraudem creditor. (42. 8).

dem liquidirenden Gläubiger die Wahl einer Eidesdelation an den einen oder den andern läßt. Denn es ist der Contradictor nicht Partei, sondern nur ein nothwendiger Vertreter der Partei; ein practisches Bedürfniß, jenen hinsichtlich der Eidesdelation und Eidesleistung an die Stelle des Gemeinschuldners treten zu lassen, hier so wenig wie beim Curator minoris vorhanden, während sich endlich ein fester gemeiner Gerichtsgebrauch für die entgegengesetzte Meinung nicht nachweisen läßt. Daß freilich der Contradictor einen ihm von einem Gläubiger zugeschobenen Eid schwören kann, und eine solche Eidesleistung dem Schuldner zu Statten kömmt [136]), läßt sich nach unsern frühern Erörterungen nicht bezweifeln, wie es auch mit den dargelegten Principien in keinem Widerspruche steht.

Wenden wir das Gesagte nun zunächst auf den Schiedseid an, so ist es in analoger Anwendung der Grundsätze, welche hinsichtlich des durch einen Curator vertretenen Minderjährigen ausgeführt worden, klar, daß der Eidesantrag zu Handen des Cridars an den Contradictor zu insinuiren, welchem es obliegt, die Einlassung darauf zu bewirken. Auch dürfte der hier stattfindende Ungehorsam dieses nothwendigen Vertreters nach Analogie der Bestimmung der R. D. A. v. 1600 §. 95 die poena recusati nicht zur Folge haben.

Der Contradictor kann aber mit Einwilligung des Gemeinschuldners den diesem zugeschobenen Eid zu Handen desselben acceptiren, in welchem Falle die Eidesverweigerung des Cridars die poena recusati nach sich zieht. Ebenso kann jener den letzterem deferirten Eid zurückschieben [137]), wozu er jedoch nur dann für befugt zu erachten, wenn er eine Gewissensvertretung durch Beweis mit Aussicht auf Erfolg zu übernehmen nicht vermag und

---

[136]) Dies nur sagt Brunnemann, de processu concursus creditor. Cap. III. §. XIII.

[137]) Wernher, obs. P. VI. obs. 350; Bad. Proc.-Ordn. §. 841.

der Cridar den ihm zugemutheten Eid zu schwören nicht im Stande oder auch nicht Willens ist. Bei einer solchen Sachlage ist übrigens der Contradictor zur Eidesrelation nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet, indem er dadurch nur unter der Bedingung der Ausschwörung des zurückgeschobenen Eides die Forderung anerkennt, die sonst unbedingt für eingeräumt zu erachten wäre. Liegen dagegen jene Voraussetzungen nicht vor, so können die übrigen Liquidanten sich der Eideszurückschiebung als einer in fraudem ihrer Rechte geschehenen entgegensetzen [138]).

Hat aber der Contradictor einem Gläubiger den Eid deferirt, so kann das Recht dieses letztern zu dessen Zurückschiebung nicht bezweifelt werden. Diese findet aber nur an den Cridar in der Art Statt, daß die Verweigerung des Eides die poena recusati zur Folge hätte.

Nothwendige Eide endlich, welche auf Seite des Schuldners aufzulegen, sind an diesen und nicht an den Contradictor zu deferiren [139]). Auch hier hat aber die Eidesverweigerung die poena recusati zur Folge, da die gerichtliche Eidesauflage offenbar die Einwilligung des Curators in die Eidesannahme ersetzt; doch können selbstverständlich die Mitgläubiger des Liquidanten, welchem die Eidesverweigerung zu Statten kömmt, den Beweis übernehmen, daß dieselbe in fraudem ihrer Rechte geschehen.

Indem wir von dem Grundsatze ausgiengen, daß der Contradictor nicht eidespflichtig, daß er insbesondere hinsichtlich eines auf die Seite des Schuldners zu deferirenden, resp. von dieser Seite zu leistenden Eides nicht an die Stelle des von ihm Repräsentirten trete, setzten wir die Eidesfähigkeit des Cridars voraus. Anders verhält sich dagegen die Sache, wo diese letztere fehlt, insbesondere der Gemeinschuldner todt oder dessen Aufent-

---

[138]) Arg. l. 95. 5. D. de juris. (12. 2).

[139]) Dagegen Leyser, med. ad pand. sp. 491. med. 11; Schweppe, Concurs §. 132 a. E.

halt, Leben und Tod, unbekannt. Hier dürfte das praktische Bedürfniß allerdings darauf hinweisen auf den Contradictor die Grundsätze anzuwenden, die weiter oben in Betreff der Vormünder Eidesunfähiger ausgeführt worden sind; wie denn auch unter solcher Voraussetzung allein die ältern Processualisten einen Contradictor bestellen lassen wollten, den sie alsdann hinsichtlich der Eidesdelation und Eidesleistung als Partei behandelten [140].

[140]) Berger, Elect. disceptat. forens. tit. XVIII. obs. IV. not. 2; Wernher, observ. for. P. X. obs. 446.

XII.

Ueber die aus dem Mangel der Sachlegitimation entspringende Nichtigkeit.

Von

Herrn Professor C. Volgiano in München.

(Fortsetzung und Schluß der Abh. II im vorigen Hefte.)

III. Abtheilung.

(Casuistik.)

Was nun die möglichen Folgen des Mangels der Sachlegitimation bezüglich der verschiedenen Stadien des Verfahrens anbelangt, so lassen sich diese auf Grund des in Abtheilung II Gesagten leicht feststellen.

Dieselben sind verschieden, je nachdem die Legitimation bloß formell *), oder auch materiell, oder bloß materiell fehlt. —

*) Formell fehlt aber die S.-L. meines Erachtens bloß dann, wenn Kläger in der Klageschrift kein factum legitimans angeführt hat, nicht aber dann, wenn das angeführte factum ein unrichtiges ist, oder der Richter versäumt hat, den Beweis hierüber aufzulegen, somit den Legitimationspunkt unbeachtet gelassen hat. A. M. in der einen und andern Hinsicht Bethmann-Hollweg a. a. O. Vgl. dagegen Brackenhoeft (l. c. Note 12) u. Abthlg. II. a. E.

Nehmen wir an, es habe Jemand eine Foderung eingeklagt, die nicht ihm, sondern einem Dritten zusteht, so sind eigentlich bloß zwei Fälle möglich: entweder tritt Kläger alieno oder proprio nomine auf, und von diesen beiden Fällen gehört überdieß der erste gar nicht hieher, weil es dort nicht an der Sach-, sondern an der Prozeßlegitimation fehlt. Indessen wollen wir doch auch diesen Fall hereinziehen, da er zum Verständniß der übrigen Eventualitäten absolut nothwendig ist. Obgleich nämlich (wie oben bemerkt) bloß 2 Fälle denkbar sind, wenn Kläger die Forderung eines Dritten einklagt und seine Klage fehlerfrei ist, so kann doch der Inhalt der Klageschrift mit Rücksicht auf die möglichen Mängel ein fünffacher sein.

I. Kläger tritt alieno nomine auf, d. h. er gibt an, er sei der Anwalt des Gläubigers, ohne jedoch eine Vollmacht beizubringen.

II. Kläger tritt proprio nomine auf und führt zugleich das factum legitimans an, wodurch er die Foderung erworben hat.

III. Kläger tritt proprio nomine auf, ohne jedoch anzuführen, wie die Foderung auf ihn übergegangen ist.

IV. Kläger macht die Foderung des Dritten geltend, ohne zu erklären, daß er Stellvertreter des eigentlich Berechtigten sei, ohne aber auch anzugeben, wie er dazu komme, die Foderung für sich geltend zu machen.

Endlich V. Kläger tritt als Anwalt des Dritten auf und legitimirt sich durch eine Prozeß-Vollmacht desselben.

In allen diesen Fällen, mit Ausnahme der Fälle II und V, ist die Klageschrift mangelhaft. Im Fall I liegt formeller Mangel der Prozeßlegitimation vor, im Fall III formeller Mangel der Sachlegitimation. Im Fall IV ist es zweifelhaft, welcher von beiden Mängeln in Frage steht.

Die rechtlichen Folgen werden nun verschieden sein, je nachdem zum formellen Mangel der Prozeß-, resp. Sachlegitimation

der materielle Mangel hinzutritt, oder nicht. Besprechen wir daher die obigen 4 Fälle der Reihe nach.

Zum Fall I.

Kläger ist als Stellvertreter des eigentlich Berechtigten aufgetreten, ohne eine Vollmacht des Prinzipals beizubringen (formeller Mangel der Prozeßlegitimation).

Der Richter soll hier den Kläger angebrachtermaßen abweisen, oder ihm eine Frist zur Nachbringung der Vollmacht geben, ausgenommen er hat ein mandatum praesumtum für sich. Geschieht das nicht, so soll Beklagter die s. g. exceptio deficientis legit. ad proc. entgegnen, welche er übrigens in jedem Stadium des Prozesses vorbringen kann, und auf deren Ergänzung der Richter von Amtswegen dringen muß.

c. 4. X. (1. 38) v. Bayer 8. Aufl. S. 377.

Wurde aber dieser Punkt übersehen, und zu Gunsten des Klägers erkannt, als wenn er sich legitimirt hätte, so ist Urtheil und Verfahren unheilbar nichtig, wenn zum formellen Mangel der Prozeßlegitimation der materielle hinzutritt, d. h. wenn Kläger wirklich außer Stande ist, das Ratificatorium seines Prinzipals beizubringen.

fr. 56. D. (5. 1) c. 24. Cod. (2. 13) c. 1. Cod. (7. 56) J. R. A. §. 122. v. Bayer S. 375 fg. u. S. 1083.

Zum Fall II.

Kläger ist in eigenem Namen aufgetreten, und hat auch ein factum legitimans angeführt, z. B. die Cession der Foderung, allein dasselbe ist entweder:

1) unbegründet, oder 2) es legitimirt den Kläger nicht (materieller Mangel der Sachlegitimation).

ad 1. Hier kömmt es darauf an, ob der Beklagte das factum cessionis ausdrücklich zugesteht oder nicht. Im ersten

Fall ist der Legitimationspunkt als berichtigt zu betrachten. Bayer S. 69.

Im zweiten Fall wird der Beklagte die s. g. exceptio deficientis legitimationis ad causam opponiren. Aber auch dann, wenn er die Einrede nicht vorschützt, muß der Richter, wenn die Zurückgabe der Einredeschrift ad emendandum keinen Erfolg hatte, dem Kläger dennoch den Legitimationsbeweis auflegen, geradeso, als wenn Beklagter die Cession widersprochen hätte; denn die exc. def. legit. ad causam ist keine wahre Einrede, sondern nur eine negative Einlassung, von einer Präclusion derselben kann somit keine Rede sein, vielmehr liegt eine unvollständige Klagsbeantwortung vor, wobei bekanntlich die nicht speciell beantworteten Punkte im Fall fortgesetzten Ungehorsams als negirt angenommen werden.

Wenn nun der Richter: a) den Legitimationspunkt zum Beweis ausgesetzt hatte, dieser Beweis mißlungen oder gar nicht angetreten [8]), vom Richter aber für gelungen erklärt worden war, so bleibt dem Beklagten nichts übrig, als die Appellation gegen das Endurtheil einzulegen, vgl. v. Bayer S. 69, denn der Mangel der Sachlegitimation hat keine Nichtigkeit zur Folge. Siehe die II. Abtheilung.

Ebenso müßte es gehalten werden: b) Wenn der Richter den Legitimationspunkt als begründet annehmen würde, weil Beklagter ihn nicht widersprochen, oder obgleich er ihn widersprochen hatte, und im Beweisinterlokut keinen Beweis hierüber

---

[8]) Könnte aber der Kläger den Legitimationsbeweis nicht liefern; würde er jedoch eine Prozeßvollmacht vom eigentlich Berechtigten beizubringen im Stande sein, so müßte er den bisherigen Streit fallen lassen, dem Beklagten alle Kosten ersetzen und einen neuen Prozeß anfangen. Denn die nachträgliche Erklärung des Klägers, den Streit alieno nomine fortführen zu wollen, den er doch proprio nomine angefangen, wäre eine mutatio libelli, welche bekanntlich nach der L. C. unzulässig ist. S. unten ad IV. nr. 4.

auflegte, die exc. def. legit. somit unbeachtet ließe. Auch hier müßte der Beklagte gegen das Beweisinterlokut appelliren (von Bayer S. 69 spricht bloß vom Fall a, nicht aber vom Fall b. Es scheint übrigens, daß der letztere in Bayer's Sinn geradeso zu entscheiden ist, da Bayer keine Nichtigkeit annimmt, wenn Kläger ein factum legitimans angeführt hat).

Versäumt nun der Beklagte die Appellation gegen das Endurtheil, resp. Beweisinterlokut, so liegt hierin ein stillschweigender Verzicht auf den gegnerischen Beweis der Sachlegitimation, sowie eine stillschweigende Prorogation vorliegt, wenn Beklagter unterläßt, die exc. jud. incompetentis zu opponiren, oder gegen das die Einrede verwerfende Interlokut zu appelliren. (A. M. Martin S. oben Abth. I a. E. u. Abthlg. II a. E.)

Der Beklagte kann also jetzt den Nachweis des Legitimationspunkts nicht mehr verlangen, denn er hat dem Kläger durch Unterlassung der Appellation diesen Nachweis geschenkt, und es steht somit rechtskräftig fest, daß Kläger der rechte Kläger ist, wenn er es gleich in Wirklichkeit nicht ist (A. M. Martin l. c.) Eben deßhalb kann auch der Beklagte das zu Gunsten des Klägers ausgefallene Endurtheil weder mit der Appellation, noch mit der Nullitätsquerel angreifen.

Uebereinstimmend hiemit erklärt sich v. Seuffert a. a. O. Anderer Meinung ist Linde, welcher allemal Nichtigkeit annimmt, wenn Kläger wirklich nicht der rechte Kläger ist (vorausgesetzt natürlich, daß der Querulant dieses darthun kann), ferner Bethmann (S. 97), der wenigstens dann Nullität eintreten läßt, wenn der Richter über den Legitimationspunkt keinen Beweis aufgelegt hatte und der Kläger wirklich nicht im Stande ist, sich ad causam zu legitimiren (Fall b oben).

Anderer Meinung sind endlich auch Schmid I. S. 184 (der sich ganz an Bethmann anschließt), und Brackenhoeft (S. 337), der sich zwar im Uebrigen (s. unten Fall III) gegen Bethmann erklärt, aber doch mit Schmid und Bethmann Nichtigkeit (jedoch wegen Verweigerung des rechtlichen

Gehörs) annimmt, wenn der Richter die exceptio deficientis legitimationis unberücksichtigt ließ (Fall b oben).

Wenn jedoch

c) Gar kein Beweisurtheil gefällt und sofort definitiv zu Gunsten des Klägers gesprochen worden wäre, als wenn er sich legitimirt hätte, obgleich der Beklagte den Legitimationspunkt in Contestation gezogen, oder wenigstens nicht zugestanden hatte, — so würde unheilbare Nichtigkeit des Verfahrens und darauf gebauten Urtheils entstehen, und zwar ob defectum in substantialibus processus. S. oben Abth. II a. E. lit. c.

ad 2. Es ist aber auch möglich, daß Kläger ein factum angeführt hat, das vollkommen begründet ist, aber den Kläger gar nicht oder nicht hinreichend legitimirt.

Z. B. A hat für einen verstorbenen Freund die Beerdigungskosten bestritten. Er klagt deßhalb gegen B, weil dieser die hiefür bestimmten Sterbegefälle bei der Sterbekasse, in welche der Defunkt eingekauft war, im Auftrag der Erben erhoben hatte. Dieses factum legitimirt den Kläger nicht ad causam, weil die von ihm angestellte funeraria actio nur gegen die Erben geht. Die s. g. except. def. legit. ad causam passivae, welche der Beklagte opponiren wird, hat hier die Natur einer rechtlichen Gegendeduction, denn es ist eine reine quaestio juris, ob die funeraria actio auch gegen einen Nichterben angestellt werden kann. Eben deßhalb muß hier die exc. def. legit., oder non competentis actionis, ex officio supplirt werden.

Wenn freilich der Beklagte die Vorschützung und der Richter die Supplirung der Einrede übersieht, und in der Hauptsache auf Beweis oder definitive zu Gunsten des Klägers erkannt wird, so bleibt dem Beklagten nichts übrig, als die Appellation einzulegen, indem widrigenfalls rechtskräftig und unabänderlich feststeht, daß Kläger gegen den rechten Beklagten aufgetreten. Denn der Mangel der Sachlegitimation hat ja keine Nichtigkeit zur Folge. S. oben II. Abthlg.

Zum Fall III.

Kläger hat kein factum legitimans angeführt, jedoch bestimmt erklärt, in eigenem Namen und nicht als Vertreter des eigentlich Berechtigten aufzutreten.

Hier liegt formeller Mangel der Sachlegitimation vor. Der Richter sollte daher die in subjectiver Hinsicht unsubstanzirte Klage von der Gerichtsschwelle zurückweisen, und zwar mit der Formel angebrachtermaßen.

v. Bayer S. 68 I.

v. Seuffert im Commentar II. S. 142. Nr. 2.

Wenn er aber die Abweisung unterläßt, und die Klage ad excipiendum hinausschließt, so kömmt es darauf an, ob Beklagter die exceptio libelli inepti, die er vorbringen sollte, wirklich vorschützt oder nicht *).

a) Schützt der Beklagte die Einrede vor, und sie wird nicht beachtet, so muß es nach meinem Dafürhalten geradeso gehalten werden, wie im vorher behandelten Fall II. lit. b und

*) Der Beklagte wirft mittelst der exc. libelli inepti dem Kläger vor, er habe die Klage nicht gehörig substanzirt, er (Beklagter) sei daher nicht im Stande, erschöpfend litem zu contestiren, bis Kläger den Mangel ergänzt habe.

Indessen könnte der Beklagte statt der exc. libelli inepti auch die exc. def. leg. ad causam vorschützen, und zwar in der Weise, daß er widerspricht, Kläger habe (wie dieser behauptet) die Foderung seines Gläubigers erworben, und daß er dem Kläger zum Beweis auffodert, daß und wie er zu der fraglichen Foderung gekommen.

Aus der Nichtvorschützung dieser Einrede könnte aber niemals ein Verzicht auf dieselbe gefolgert werden, da sie eine bloße Negation des Klagvorbringens ist. Der Richter könnte daher, wenn auch die Einrede nicht vorgebracht wurde, dem Kläger dessenungeachtet den Beweis über die Erwerbung der Foderung auflegen; ich sage: er könnte das; allein er wird immer besser thun, die Klageschrift ad emendandum hinauszugeben, d. h. angebrachtermaßen abzuweisen, weil das Beweisinterlocut nicht generell, sondern soviel wie möglich speziell lauten soll.

c., es kann also keine Nichtigkeit entstehen, wenn überhaupt auf Beweis gesprochen wurde.

A. M. Bayer. Derselbe lehrt in der 8. Aufl. S. 69:

„Eine Verurtheilung des Beklagten bei ausdrücklich vorliegender und begründeter Einrede (nämlich exc. def. legit. ad causam) würde ungiltig sein.“ (S. unten Nr. 4.)

b) Schützt aber der Beklagte die fragl. Einrede nicht vor, so könnte man vielleicht annehmen, er habe hierauf verzichtet, d. h. er habe dem Kläger die Anführung und den Beweis einer ad materialia causae gehörigen Vorbedingung nachgelassen. Hieraus würde folgen:

α) Daß der Beklagte diese Einrede nun nicht mehr nachbringen könnte.

Und β) daß der Richter nach geschlossenem Schriftenwechsel den Kläger nicht mehr (in der angebrachten Art) abweisen dürfte, wie er das von Anfang an gekonnt und gesollt hätte.

A. M. v. Seuffert, v. Bayer 2c.

Allein die dilatorische exceptio libelli inepti ist ebensowenig eine wahre Einrede, als die peremtorische exc. defic. legit. ad causam, aus ihrer Nichtvorschützung kann daher ebensowenig ein Verzicht geschlossen werden, als aus der Nichtvorbringung der Legitimationseinwendung im vorhergehenden Fall II. Doch ist die dilatorische exc. lib. inepti keine Negation, wie die exc. def. legit. ad causam, sondern sie hat gewissermaßen die Natur einer rechtlichen Gegendeduction [10]), indem sie dem Kläger vorwirft, daß er den Thatbestand unvollständig angegeben.

---

[10]) Die exc. libelli inepti ist keine rechtliche Gegendeduction, sondern eine dilatorische Einwendung, aber sie hat die Natur einer rechtlichen Gegendeduction. Gleichwie nämlich die L. C. von den peremtorischen Einreden und der Rechtsdeduction bezüglich der Beweislast scharf zu trennen ist, geradeso kann auch die bunte Masse des dilator. Vertheidigungsmaterials nach den Begriffen von Einlassung, Rechtsdeduction und Einrede, die hier gleichfalls vollkommen anwendbar sind, gesondert werden. Unsere exc. lib. inepti

Da man nämlich die Foderung eines Dritten nicht für sich einklagen kann, ohne anzugeben, wie man sie erworben, so hat die Klage, in welcher dieses dennoch geschieht, in der lückenhaften Form, wie sie angebracht wurde, wirklich keinen Rechtsgrund für sich. Erst durch Ergänzung der unvollständigen Geschichtserzählung wird der Fehler verbessert, und entsteht sofort der Rechtsgrund für die Klage. — Weil nun die exc. libelli inepti die Natur einer rechtlichen Gegendeduction hat, und zugleich zur Aufhellung des dunklen status causae et controversiae dient, der Richter aber bezüglich der Mittel hiezu, sowie in Betreff der rechtlichen Beurtheilung der Klage von den Anträgen der Parteien unabhängig ist, so kann kein Verzicht auf diese Einrede fingirt werden, wenn sie vom Beklagten nicht vorgeschützt wird, vielmehr muß der Richter dieselbe von Amtswegen ergänzen. Er kann und soll daher die Klage nach geschlossenem Schriftenwechsel angebrachtermaßen abweisen, wenn auch der Beklagte den Mangel nicht gerügt hatte, und der Beklagte kann die exc. lib. inepti auch nach verstrichener Exceptionsfrist noch vorbringen.

Wenn aber der Richter die Klagsabweisung unterläßt (weil Beklagter die Einrede nicht vorgeschützt), und auch dem Kläger keinen Beweis darüber auflegt, daß und wie er die Foderung erworben habe (S. Note 10. Abs. 2), wenn er also a) sofort definitive erkennt, weil Beklagter den Klagegrund zugegeben [11]),

---

gehört in die Kategorie der rechtlichen Gegendeduction. Der Beklagte rügt mittelst der letzteren solche prozessualische Mängel, welche sich nur auf die rein rechtlichen Voraussetzungen der Wirksamkeit des prozessualischen Verfahrens beziehen, und daher auch, ohne eine Beweisführung nöthig zu machen, nur der rechtlichen Prüfung des Richters anheimfallen. Vgl. hierüber den trefflichen Aufsatz von der Pfordten's in den

Blättern für Rechtsanwendung Bd. 3. S. 36 fg. und
Albrecht, die Exceptionen S. 212.

[11]) Man könnte vielleicht hier eine Nichtigkeit wegen Mangels der Probatio, wie im vorhergehenden Fall II, annehmen; allein diese Annahme wäre gewiß unrichtig. Denn der Beklagte

oder b) bloß auf Beweis der vom Beklagten widersprochenen Foderung, resp. den dagegen opponirten Einreden spricht (nicht auf Beweis der Erwerbung der Foderung), und dieses Urtheil die Rechtskraft beschritten hat, — dann kann weder der Beklagte die Einrede mehr nachbringen, noch der Richter den Mangel mehr ergänzen.

A. M. v. Bayer s. unten Nr. 4.

Der Beklagte hätte gegen dieses Beweisinterlocut, resp. Endurtheil appelliren können, weil der Richter die Klage nicht zurückgewiesen hatte. Hat er aber das fatale unbenützt verstreichen lassen, so steht nunmehr rechtskräftig fest, daß es auf den Erwerb dieser Foderung von Seite des Klägers in diesem Prozeß nicht mehr ankomme, m. a. W., daß der Sieg des Klägers von dieser Thatsache nicht mehr abhänge, weil ihre Unerheblichkeit formell feststeht. Das irrelevante Beweisinterlocut ist ja der Rechtskraft fähig. S. Abthlg. II a. E. lit. b. und v. Seuffert a. a. O. Nr. 1.

Wurde daher zu Gunsten des Klägers endlich entschieden, ohne daß dieser ein factum legitimans angeführt hatte, so kann Beklagter gegen dieses Urtheil nicht appelliren, und noch weniger die Nullitätsquerul anstellen, wenn er gleich nachweisen könnte, daß sein Gegner nicht der rechte Kläger gewesen, und also nicht im Stande war, sich ad causam zu legitimiren, denn der Mangel der Klagssubstanzirung kann meines Erachtens keine Nichtigkeit erzeugen. (S. Abthlg. II a. E.)

hat die exc. libelli inepti, resp. def. leg. ad causam nicht opponirt, sondern die klägerische Foderung unumwunden zugestanden, es bedarf also hier keines Beweisinterlocuts, ja überhaupt keines Urtheils, nach dem Satz „confessus pro judicato habetur.“ Angenommen aber, das unumwundene Geständniß hätte keine Wirkung, da die Klage nicht gehörig substanzirt ist, so könnte doch keine Nichtigkeit wegen Mangels der Probation eintreten, da nicht auf Beweis, sondern auf Klagsabweisung hätte erkannt werden sollen.

Bei einer ungemischt affirmativen L. C. ohne Einreden und Rechtsdeduction kann keine Negation der nicht speziell beantworteten oder in der Klage nicht angeführten Punkte fingirt werden!

Uebereinstimmend hiermit, wenigstens im Endresultat, spricht sich Brackenhoeft aus, ferner Plank und v. Seuffert a. a. O. Nr. 1—3.

Anderer Meinung sind dagegen Linde, Bethmann-Hollweg, Schmid, v. Bayer und Martin.

1) Brackenhoeft lehrt (S. 337):

„Ebensowenig, als der materielle Mangel der Sachlegitimation steht der formelle Mangel derselben der Giltigkeit des Streitverhältnisses entgegen, indem die Parteien dadurch, daß sie den Legitimationspunkt mit Stillschweigen übergehen, denselben unter sich außer Streit setzen."

2) Bethmann-Hollweg (S. 97) nimmt dagegen im Fall III (oben) eine Nichtigkeit wegen Formwidrigkeit des gerichtlichen Verfahrens an, vorausgesetzt jedoch, daß die Sachlegitimation auch materiell nicht vorhanden ist. Seiner Ansicht folgt Schmid (S. 185. Nr. 2. lit. a), wogegen Linde die Nichtigkeit bloß wegen des materiellen Mangels der Sachlegitimation eintreten läßt.

Bethmann lehrt:

„Der Beklagte kann den Mangel der Sachlegitimation durch eine Einrede (exc. lib. inepti) und der Richter von Amtswegen rügen. Denn um dieser Unvollständigkeit willen ist die Klage ungiltig, und ebenso das ganze Verfahren, welches darauf gegründet wird (?). Daher ist diese Rüge in jedem Punkt des Prozesses möglich (?). Doch kann vor beendeter Sache das Fehlende noch ergänzt werden (?), wodurch dann alles frühere convalescirt. — Ist freilich in dem ganzen Prozeß der Legitimationspunkt nicht vorgekommen, so ist dieß ein so wesentlicher Fehler der Form, daß Urtheil und Verfahren nichtig sein muß (?); — — doch bleibt es nur dann bei der Nullität des Prozesses, wenn der materielle Mangel der Legitimation zum formellen hinzutritt."

Alle diese Sätze sind meines Erachtens bloß dann richtig, wenn Kläger es zweifelhaft gelassen hat, ob er proprio oder alieno nomine aufgetreten (also bloß im folgenden Fall IV, nicht in unserem Fall III). Die Nichtigkeit tritt aber dann wegen Mangels der Prozeß-, und nicht der Sachlegitimation ein (s. oben Fall IV).

3) v. Bayer lehrt in der 8. Aufl. S. 68:

„Hat der Kläger nicht einmal eine specielle Thatsache erwähnt, durch welche ersichtlich würde, wie gerade er, oder wie er gerade gegen diesen Gegner das in Anspruch genommene Recht verfolgen zu dürfen glaube, so soll der Richter die Klage von Amtswegen zurückweisen ꝛc. ꝛc. Unterläßt er dieses und rügt auch der Angegriffene den Mangel nicht ꝛc., so würde der

Kläger auch später noch vom Richter zurückgewiesen werden dürfen, ja müssen, weil es seine Pflicht gewesen wäre, den Vertrag gar nicht zuzulassen."

Und in der 7. Aufl. sagt Bayer S. 41:

„Unterläßt der Richter die Abweisung und übersieht auch der Beklagte den Fehler, so ist ein solches Urtheil unheilbar nichtig. Ebendeßhalb darf der Beklagte die s. g. exc. def. legit. zu jeder Zeit im Prozeß nachholen, und der Richter kann selbst ex officio auf Berichtigung dieses Punktes dringen."

Weil v. Bayer hier nicht unterscheidet zwischen unserem Fall III (da Kläger ausdrücklich erklärt hatte, er trete proprio nomine auf) und dem folgenden Fall IV (da er es zweifelhaft gelassen, ob er proprio oder alieno nomine aufgetreten), so ist in seinem Sinn der eine Fall wohl geradeso zu behandeln, wie der andere, d. h. es tritt nach v. Bayer: a) auch im Fall III Nichtigkeit ein, wenn Kläger nicht nachträglich das factum legitimans angibt; der Beklagte kann daher b) die exc. def. legit. zu jeder Zeit nachholen, und muß der Richter c) dieselbe ex officio suppliren.

Allein eine Nichtigkeit wegen unsubstanzirter Klage (wegen formell fehlender Sachlegitimation) gibt es nach meinem Dafürhalten nicht, daher kann auch von einer Nachholung oder Supplirung der exc. def. legit. ad causam, eigentlich libelli inepti, nach rechtskräftig gewordenem Beweisinterlocut, zufolge des in Abthlg. II Gesagten keine Rede sein.

Aber auch wegen Mangels der Prozeßlegitimation darf keine Nichtigkeit angenommen werden. Denn wenn Kläger ausdrücklich erklärt hat, proprio nomine auftreten zu wollen, so kann er sich in diesem Prozeß nicht mehr als Stellvertreter geriren (ausgenommen der Beklagte würde ihm durch Vorschützung der exc. def. legit. ad processum selbst die Erlaubniß hiezu geben), und es kann folglich von einer Nichtigkeit wegen mangelnder Vollmacht in keinem Fall die Rede sein, da vom zweiten Prozeßstadium an fingirt wird, Kläger habe die Foderung rechtmäßig erworben.

4) Martin nimmt zwar wegen formell fehlender Sachlegitimation keine Nichtigkeit post, wohl aber ante rem judicatam an, denn er behauptet, daß der Mangel der erstern in jedem Stadium des Prozesses bis zum Endurtheil und auch nachher noch bis zu dessen Rechtskraft von den Parteien sowohl, als vom Richter gerügt werden könne. S. oben Abthlg. I. a. E. sub nr. 5, und die Widerlegung in Abthlg. II.

Zum Fall IV.

Der Kläger hat die Foderung eines Dritten eingeklagt, aber weder ein factum legitimans angeführt, noch sonst eine Erklärung abgegeben (we-

der, daß er proprio nomine, noch auch, daß er als Stellvertreter des Dritten auftrete).

Dieser letzte Fall unterscheidet sich wesentlich vom II. und III.; er ist die Combination vom Fall I und III, denn es liegt entweder formeller Mangel der Prozeß-, oder der Sachlegitimation vor. Was aber die Entscheidung des IV. Falls anbelangt, so ist sie dieselbe, wie jene des I. Wird dem Mangel nicht abgeholfen, so tritt Nullität ein, aber nicht wegen fehlender Sachlegitimation, sondern wegen fehlender Prozeßlegitimation.

Ich will versuchen, diesen Satz näher auszuführen und zu begründen.

1) Wie im vorigen Fall III so eignet sich auch hier die Klage zur Abweisung „angebrachtermaßen," denn sie ist fehlerhaft, jedoch der Verbesserung fähig. v. Bayer S. 68. v. Seuffert l. c. (Note 6. Nr. 2. oben.) Allein es ist nicht möglich, mit Bestimmtheit anzugeben (und hiedurch unterscheidet sich unser Fall von Fall I und III), worin eigentlich der Fehler liegt, ob Kläger:

a) Vergessen hat, sich ad causam zu legitimiren, d. h. anzuführen, ob und wie er Eigenthümer der Foderung geworden. Oder:

b) Ob er vergessen hat, sich ad processum zu legitimiren, d. h. unter Beilegung der Vollmacht anzugeben, daß er als Stellvertreter des eigentlich Berechtigten auftrete.

Wo nun der Fehler liegt, ob im Mangel der Sach- oder Prozeßlegitimation, das läßt sich jetzt noch nicht bestimmen. Es ist möglich, daß Kläger proprio nomine aufgetreten und bloß das factum legitimans nicht angeführt hat; es ist aber auch möglich, daß er nur als Prokurator des eigentlichen Gläubigers geklagt und bloß versäumt hatte, sich als solchen einzuführen und die Prozeßvollmacht beizubringen. Für beide Eventualitäten paßt die Abweisung „angebrachtermaßen." — Indessen hat doch die Annahme mehr Wahrscheinlichkeit für sich, daß Kläger alieno nomine aufgetreten und also die Prozeßlegitimation vergessen hat,

weil er nämlich die Foderung eines Andern einklagte, ohne anzugeben, daß und wie sie auf ihn übergegangen [12]).

Der Richter wird daher am Besten thun, wenn er die Klage mit dem Beisatz zurückweist, sofern nicht Exhibent eine Vollmacht von Seite dessen beibringen würde, der nach der Geschichtserzählung als der eigentlich Berechtigte erscheint. Hiedurch wird der Möglichkeit des einen wie des andern Mangels Rechnung getragen und zugleich derjenige Mangel betont, welcher die Vermuthung für sich hat. — Kläger kann indessen der Klagsabweisung dadurch entgehen, daß er einfach erklärt, entweder er sei proprio nomine aufgetreten, und habe die Foderung durch Cession erworben, oder er klage bloß alieno nomine und werde die Vollmacht demnächst beibringen.

2) Wenn aber der Kläger den Mangel nicht beseitigt und auch der Richter denselben übersieht und die Klage ad excipiendum hinausgibt, so ist es nun die Aufgabe des Beklagten, den

---

[12]) Man könnte vielleicht den Mangel der Sachlegitimation für wahrscheinlicher halten, weil Kläger nicht gesagt hatte, daß er alieno nomine aufgetreten. Indessen streitet doch die Vermuthung eher für den Mangel der Prozeßlegitimation. Wer nämlich die Foderung eines Andern einklagt, ohne anzuführen, wie er sie erworben hat, von dem muß doch angenommen werden, daß er bloß als Anwalt dieses Andern aufgetreten sei. — Dazu kommt aber noch ein weiterer Grund. Suchen wir nämlich den Fehler des Libells in der Nichtangabe der Sachlegitimation, so erscheint die Klageschrift als unsubstanzirt, die Geschichtserzählung somit als fehlerhaft, — wogegen bei der Annahme mangelnder Prozeßlegitimation der Kläger bloß vergessen hat, einen formalen Punkt — daß er nämlich als Anwalt des eigentlich Berechtigten aufgetreten sei — anzuführen und nachzuweisen. Da nun der zweite Mangel ungleich geringer ist, als der erste, weil er jederzeit beseitigt werden kann, die Vermuthung aber für den geringeren Fehler streitet, so ist anzunehmen, daß es an der Prozeß-, und nicht an der Sachlegitimation fehle, wenn Kläger die Foderung eines Andern geltend macht, ohne ein factum legitimans anzuführen. Natürlich kann aber der Kläger diese Vermuthung, so lange der Beklagte noch nicht geantwortet hat, jeden Augenblick dadurch entkräften, daß er erklärt, er sei proprio nomine, z. B. als Cessionar aufgetreten. S. die folgende Note.

Fehler zu rügen und entweder die exceptio libelli inepti, oder deficientis legitimationis ad processum zu opponiren. v. Bayer S. 68. Der Beklagte wird am Besten wissen, welche von beiden Einreden indizirt ist, ob Kläger kraft eigenen Rechts, oder als Stellvertreter aufgetreten. Sollte er aber hierüber in Ungewißheit versiren, so wird es am geeignetsten sein, beide Einreden alternative und subsidiär mit einander zu verbinden, primo loco die exceptio libelli inepti, secundo loco und eventuell die exc. def. legitimationis ad processum vorzubringen. Doch ist die Vorschützung der zweiten Einrede (wie wir hören werden) in keinem Fall nothwendig, und bringt ihre Unterlassung dem Beklagten keinen Nachtheil.

3) Wenn der Beklagte die exc. libelli inepti oder def. legit. ad processum vorschützt, so soll der Richter die Klage ad emendandum zurückgeben, und es steht dann dem Kläger frei, entweder ein legitimirendes factum anzugeben, oder eine Vollmacht des eigentlich Berechtigten beizubringen.

4) Uebersieht aber der Beklagte den Fehler des Libells, läßt er sich also auf die Klage ein, ohne den formellen Mangel der Sach- oder Prozeßlegitimation zu rügen, ohne aber auch eine die Sachlegitimation begründende Thatsache zuzugestehen, so darf kein Verzicht auf die Legitimationseinrede angenommen werden, vielmehr soll sie der Richter ex officio ergänzen und die Klage nach geschlossenem Schriftenwechsel zurückweisen, wie er das von Anfang an gekonnt und gesollt hätte. Siehe Nr. 1 a. E. und oben Fall III b.

5) Wenn aber der Richter den Fehler auch jetzt noch übersieht, und auf Beweis oder definitive erkennt, so kann der Beklagte dagegen appelliren und auf Cassation des Urtheils antragen, aber nur dann, wenn er überzeugt ist, mit der exc. libelli inepti durchzudringen, d. h. wenn Kläger sich nicht als Procurator des eigentlich Berechtigten ausweisen kann und will, wenn er also einräumt, kraft eigenen Rechts aufgetreten zu sein (oder nicht im Stande ist, eine Vollmacht beizubringen). Appellirt er aber nicht,

läßt er also das betreffende Urtheil rechtskräftig werden, so kann er nun — und das hat Fall IV wieder mit Fall III gemein — die exceptio libelli inepti, resp. def. legitimat. ad causam nicht mehr nachbringen, den Mangel der Sachlegitimation nicht mehr geltend machen, denn es muß angenommen werden, er habe auf die Einrede verzichtet, da er sie weder excipiendo noch appellando modo vorbrachte. Eben deßhalb darf auch der Richter nach rechtskräftig gewordenem Beweisinterlocut den Kläger wegen fehlender Sachlegitimation nicht mehr zurückweisen und stimmt daher auch in dieser Beziehung Fall IV mit Fall III überein.

(A. M. v. Bayer S. 69, Martin S. 245 2c. 2c.)

Allein deßhalb steht noch lange nicht fest, daß Kläger nunmehr, wie im Fall III, als der rechte Kläger zu betrachten sei.

Das Stillschweigen des Beklagten in der Exception erleidet nämlich hier noch eine andere Auslegung, als die, er wolle auf Anführung und Beweis der Sachlegitimation verzichten. Es ist nämlich möglich, daß Beklagter die fragliche Einrede gar nicht hat, und Kläger doch nicht der rechte Kläger ist. Es ist möglich, ja es ist sogar wahrscheinlich, daß Kläger alieno nomine und nicht kraft eigenen Rechts aufgetreten war (s. oben Note 12). Die zweite Auslegung des beklagtischen Stillschweigens besteht also in der Annahme, daß derselbe den Kläger bloß für den Procurator seines Gläubigers hält, und die Nachbringung der Prozeßvollmacht erwartet. Diese zweite Auslegung ist aber dem Beklagten ebenso günstig, als die erste nachtheilig; denn die exc. libelli inepti kann nach rechtskräftig gewordenem Beweisinterlocut nicht mehr vorgebracht werden, wohl aber die exc. deficientis legit. ad process. (s. oben Fall I, und unten den folgenden Absatz). Da nun diese zweite Auslegung für den Beklagten günstiger ist, als die erste, Verzichte aber stricte interpretirt werden müssen, so ist dieselbe schon aus diesem Motiv bei dem weiteren Verfahren zu Grunde zu legen.

Dazu kommt aber noch der weitere Grund, daß die zweite

Auslegung auf einer viel wahrscheinlicheren Annahme beruht, als die erste, ja im Verlauf des Verfahrens zur unabänderlichen Gewißheit wird.

Schon der Inhalt des Klaglibells berechtigte nämlich zu der Vermuthung, daß Kläger alieno nomine aufgetreten war (s. Note 9). Diese Vermuthung steigert sich zur hohen Wahrscheinlichkeit, ja gewissermaßen zur Fiction, nachdem Beklagter in seiner Exceptionsschrift den Fehler des Libells mit Stillschweigen übergangen hatte. Denn nun kann Kläger dieselbe nicht mehr durch die Erklärung entkräften, er sei in eigenem Namen und zwar als Cessionar aufgetreten. Dieß wäre eine mutatio libelli, die nach der L. C. bekanntlich unstatthaft ist, wenn nicht der Beklagte seine bisherige Vertheidigung ohne Nachtrag gelten, oder Kläger den bisherigen Prozeß ganz fallen läßt, dem Beklagten alle Kosten ersetzt und einen neuen Streit anfängt [13]).

[13]) Der Grund hiervon ist, weil die nachträgliche Erklärung des Klägers, er sei proprio nomine und zwar als Cessionar aufgetreten, als mutatio libelli erscheint, die bekanntlich nach der L. C. nicht mehr zulässig ist, ausgenommen der Beklagte würde seine bisherige Vertheidigung ohne Nachtrag gelten lassen. v. Bayer S. 551. Zwar wird durch die obige Erklärung die Klage nicht sofort verändert, sondern bloß, was ihre subjective Seite anbelangt, erläutert, da sie gerade in dieser Richtung dunkel und zweideutig ist. Da indessen in Folge dieser Erläuterung eine andere Vertheidigung nöthig wird, als früherhin (da Beklagter den Kläger für den Anwalt des eigentlich Berechtigten gehalten hatte), so ist diese Emendation in der Replik nicht mehr zulässig und muß zu diesem Behuf ein ganz neues Verfahren mittelst Einreichung einer neuen Klageschrift eingeleitet werden.

Mit Recht lehrt v. Seuffert im Commentar II. S. 165:

„Als bloße Emendation ist es zu betrachten, wenn Stellen der Klageschrift, welche zu einer unrichtigen Auffassung Anlaß geben können, nachträglich so erläutert werden, daß jeder Zweifel schwindet; was aber nicht so zu verstehen ist, daß eine absolut dunkle oder verworrene Klageschrift durch einen der L. C. nachfolgenden fehlerfreien Vortrag aufrecht erhalten werden könne."

Das Aufgeben des bisherigen Prozesses, in der Absicht, einen neuen anzufangen, kann übrigens in jedem Stadium des Verfahrens, also gewiß auch dann geschehen, wenn bereits das erste Urtheil (Beweisinterlocut) gefällt und die Rechtskraft beschritten hat. Der Einreichung einer neuen Klage kann die

Ja, wenn das erste Urtheil gefällt und rechtskräftig geworden ist, ohne daß der Mangel beachtet worden, so kann auch der Beklagte die exc. libelli inepti, resp. deficientis legit. ad causam nicht mehr nachholen, und eben so wenig darf der Richter aus diesem Grunde die Klage mehr zurückweisen.

Wie schon vorhin bemerkt wurde, kann aber natürlich auch der Kläger die Annahme, er klage in fremdem Namen, nicht mehr entkräften, ausgenommen, er würde den Prozeß fallen lassen (s. Note 13, Absatz 2), oder der Beklagte ließe seine bisherige Vertheidigung ohne Nachtrag gelten (s. oben), und würde überdieß das factum cessionis ausdrücklich zugeben; (schon nach geschehener Einlassung des Beklagten durfte sich ja der Kläger nicht mehr als Eigenthümer der Foderung erklären, ohne den bisherigen Prozeß aufzugeben rc., um wie viel weniger also jetzt nach rechtskräftig gewordenem Beweisinterlocut!)

Dagegen kann der Beklagte (und das hat unser Fall IV wieder mit Fall I gemein) in jedem weitern Stadium des Prozesses bis zum Endurtheil und auch nachher noch die exc. def. legit. ad processum vorbringen, und mittelst derselben die Prozeßvoll-

---

exc. rei jud. aus dem Grund nicht entgegenstehen, weil deren Anwendbarkeit außer der Identität der Streitfrage auch noch durch die Identität der streitenden Theile bedingt ist, woran es aber in concreto fehlt. v. Bayer S. 453.

Anderer Meinung ist v. Seuffert im Commentar Th. II. S. 169 (1. Aufl.)

unter Berufung auf ein Erkenntniß des Appellationsgerichts von Mittelfranken, welches die

Bl. f. R. A. Bd. 3. S. 221—23

mittheilen, und worin der Grundsatz ausgesprochen wird, daß der Kläger nach rechtskräftig gewordenem Beweisinterlocut den Streit nicht mehr fallen lassen dürfe, in der Absicht einen neuen mit verändertem Klagfundament anzufangen.

Allein, wenn nach rechtskräftig beendigtem Prozeß dem Kläger nicht verwehrt werden kann, einen neuen Streit mit verändertem Klagfundament anzufangen, so kann dieß noch viel weniger durante lite geschehen! —

macht vom Kläger verlangen, denn diese Einrede unterliegt nicht dem stillschweigenden Verzicht des Beklagten (s. Fall I oben). Ebenso kann und soll der Richter von Amtswegen auf Berichtigung des Legitimationspunkts dringen, weil die Außerachtlassung dieses Punktes unheilbare Nullität des Urtheils und vorausgegangenen Verfahrens zur Folge hat, wenn es dem Kläger unmöglich ist, das Ratificatorium des Prinzipals nachzubringen. Der Richter soll daher die Klage wegen fehlender Prozeßvollmacht zurückweisen oder den Kläger binnen bestimmter Frist zur Berichtigung derselben anhalten, wenn er gleich schon auf Beweis oder definitive gesprochen hatte. Der Einwurf, daß er hiedurch sein eigenes den Parteien bereits publizirtes Urtheil zurücknehme, ist unbegründet, denn dieses Urtheil erscheint doch nur als ein bedingtes, d. h. es besteht nur unter der Voraussetzung zu Recht, daß Kläger die Ratification des Prinzipals demnächst nachbringen werde.

6) Wird aber die Berichtigung des Legitimationspunkts den ganzen Prozeß durch übersehen (bringt der Kläger keine Vollmacht bei, und macht weder der Richter noch der Beklagte auf den Mangel aufmerksam), erkennt also der Richter definitive zu Gunsten des Klägers, als wenn er sich legitimirt hätte, — so ist ein solches Urtheil, wie im Fall I oben, wegen Mangels der Prozeßlegitimation unheilbar nichtig, und kann nicht nur intra fatale mit der Appellation, sondern 30 Jahre lang mit der Nullitätsquerel angefochten werden, wenn nicht Kläger inzwischen sich als Procurator des eigentlich Berechtigten ausweist. — Der Querulant braucht bloß darzuthun, daß sich sein Gegner im vorigen Prozeß nicht legitimirt hat, nicht aber, daß er sich nicht legitimiren konnte. Auch kann der nicht legitimirte Gegner die Nullitätsquerel des Beklagten bloß durch Nachbringung der Vollmacht, nicht aber durch den Beweis eigener Berechtigung abwenden, denn der Grund der Nichtigkeit liegt lediglich im Mangel der Prozeßlegitimation, nicht aber der Sachlegitimation.

7) Hatte nun aber der Kläger die Foderung inzwischen

rechtmäßig erworben [14]), oder war dieses schon ursprünglich der Fall gewesen, so kann er hierdurch, wie schon bemerkt, die Nullität des Prozesses nicht rückgängig machen, und es bleibt ihm nichts anderes übrig, als einen neuen Prozeß anzufangen, auf den der vorige Streit wegen der geänderten conditio personarum keinen Einfluß hat, und dessen Beginn daher der Beklagte in keinem Fall die exceptio rei judicatae opponiren könnte (zuerst trat ja Kläger als Anwalt des eigentlichen Gläubigers auf, jetzt klagt er kraft eigenen Rechts).

Anderer Meinung ist freilich

v. Seuffert im Commentar Th. II. S. 169 a. A.

Vergl. aber dagegen Note 10, Abs. 2, oben.

ad 5 und 6. Was nun den Hauptpunkt der ganzen Ausführung, nämlich den Punkt 6) anbelangt, so sind anderer Meinung (wenigstens zum Theil) Bethmann-Hollweg, Linde und Schmid, und wie es scheint auch Brackenhoeft, Seuffert und v. Bayer.

Die drei erstgenannten Autoren nehmen zwar ebenfalls Nullität an, aber nicht wegen fehlender Prozeßlegitimation, sondern wegen fehlender Sachlegitimation.

Schmid lehrt:

„Ist die Sachlegitimation materiell wirklich nicht vorhanden und auch weder durch Einräumung des Gegners, noch in Folge einer darüber eingeleiteten zu jeder Zeit zulässigen Verhandlung formell, d. h. durch rechtskräftige Entscheidung anerkannt, dann ist das Verfahren, soweit es auf der unrichtigen Voraussetzung der Legitimation basirt ist, absolut nichtig."

Linde sagt: „— — wenn die Legitimation zur Sache bloß formell fehlt, so kann daraus niemals Nichtigkeit des Verfahrens oder Urtheils wegen Mangels an Legitimation eintreten. Dagegen halte ich Verfahren und Urtheil immer für unheilbar nichtig, wenn die Parteien wirklich der rechte Kläger und Beklagte nicht sind ꝛc. ꝛc."

Bethmann endlich lehrt:

„Ist in dem ganzen Prozeß die Legitimatio ad causam gar nicht vorgekommen, so muß Urtheil und Verfahren nichtig sein, soferne Kläger nicht

---

[14]) Das Veräußerungsverbot der res litigiosa hindert ja eine solche Uebertragung nicht immer. Bethmann-Hollweg l. c. S. 117, Note 49.

im Stande ist, die Legitimation noch zu beschaffen, d. h. wenn der materielle Mangel der Legitimation zum formellen hinzutritt."

Meiner Auffassung nach ist dieß in doppelter Hinsicht falsch; denn die Nullität kann jedenfalls dadurch gehoben werden, daß Kläger nachträglich eine Prozeßlegitimation beibringt (was Linde und Bethmann übersehen haben), nicht aber dadurch, daß er sich hinterher ad causam legitimirt, was nach rechtskräftig gewordnem erstem Urtheil unzulässig scheint.

Freilich sprechen Bethmann und Linde in ihren Abhandlungen bloß von der aus dem Mangel der Sach-, und nicht der Prozeßlegitimation entstehenden Nullität, allein sie konnten bei Annahme des formellen Mangels der Sachlegitimation, da nämlich im ganzen Prozeß der Legitimationspunkt gar nicht vorgekommen war (Nr. IV oben), die Besprechung des Falls nicht wohl umgehen, da Kläger, außer Stande zwar, sich ad causam zu legitimiren, eine Prozeßvollmacht vom wirklich Berechtigten beibringt. Indessen haben sie diese Eventualität dennoch umgangen, und dadurch den Verdacht erregt, als ob die Nullität (ihrer Ansicht nach) bloß durch Nachbringung der Sachlegitimation, nicht auch durch Nachbringung einer Prozeßvollmacht gehoben werden könne.

Gegen Bethmann's und Linde's Ansicht erklären sich Brackenhoeft, v. Bayer, besonders aber v. Seuffert in den

Bl. f. RA. Bd. 4. S. 66 fg. und im Commentar Th. II. S. 142—144 Letztrer sucht die Unrichtigkeit der 3 Sätze nachzuweisen, daß der Mangel der Sachlegitimation Nichtigkeit zur Folge habe, daß daher die exc. def. legit. ad causam zu jeder Zeit vorgebracht und sogar ex officio supplirt werden dürfe. Am Ende seiner Ausführung bemerkt er aber: „Der Rechtsbestand des Verfahrens wird weder durch die gänzliche Außerachtlassung der Sachlegitimation (defectus legit. ad causam formalis), noch durch die wirkliche Ermanglung derselben (defect. legit. ad causam materialis) gefährdet." Offenbar übersieht also auch v. Seuffert (mit dessen Sätzen ich übrigens vollkommen einverstanden bin) die so nahe liegende Andeutung, daß im ersten Fall, wenn die Sachlegitimation formell fehlt und Kläger nicht ausdrücklich bemerkt hatte, daß er proprio nomine auftrete, Nichtigkeit des Verfahrens und Urtheils eintrete, soferne Kläger nicht im Stande ist, eine Prozeßlegitimation des eigentlich Berechtigten beizubringen.

Auch Brackenhoeft übersieht diesen wichtigen Punkt. Denn er lehrt Seite 337:

„Ein Mangel im Grund der Klage kann eine Nichtigkeit des Verfahrens nicht zur Folge haben. Augenfällig nicht, wenn der Grund der Klage bloß in der That nicht existirt oder nicht erwiesen wird. Ist er gar nicht einmal behauptet, so tritt freilich Abweisung der Klage, wie sie angebracht worden, ein. Allein das Verfahren ist damit noch nicht nichtig."

Die drei ersten Sätze sind vollkommen richtig. Allein der letzte Satz ist, wie oben gezeigt wurde, theilweise falsch.

v. Bayer endlich begeht zwar diesen Fehler nicht, scheint aber die Richtigkeit nicht bloß wegen fehlender Prozeß-, sondern auch wegen formell fehlender Sach-Legitimation anzunehmen. Derselbe lehrt in der 7. Auflage S. 41:

„Hat der Kläger sich auf das factum legitimans gar nicht berufen [a]), so soll der Richter die Klage von Amtswegen zurückweisen, insoferne der Exhibent nicht etwa eine Vollmacht von Seite dessen beibringt, der nach dem Inhalt der Geschichtserzählung als der Berechtigte erscheint [b]). Unterläßt er dieses, so kann der Beklagte den Mangel rügen, und wenn auch er den Fehler übersieht und der Richter doch für den Kläger erkennt, als wenn er sich legitimirt hätte, so ist ein solches Urtheil unheilbar nichtig [c]).

Eben deßwegen, weil im Fall einer gänzlichen Außerachtlassung des Legitimationspunkts das Urtheil doch nichtig sein würde, ist es gegen die allgemeine Regel dem Gegner erlaubt, die s. g. exceptio deficientis legitimationis [d]) zu jeder Zeit im Prozeß nachzuholen, und der Richter kann selbst von Amtswegen auf Berichtigung dieses Punktes dringen."

Mit andern Worten sagt v. Bayer dasselbe in der 8. Auflage, nur knüpft er hier auffallender Weise den Eintritt der Nichtigkeit an die Vorschützung der exc. lib. inepti, resp. def. legit. ad processum. Er lehrt S. 69:

---

a) Wie bereits oben (ad III a. E.) ausgeführt wurde, ist hier nicht unterschieden zwischen dem Fall, da Kläger ausdrücklich erklärt hatte, er klage proprio nomine (s. oben III) und dem Fall, da er es zweifelhaft gelassen, ob er proprio oder alieno nomine aufgetreten (s. oben IV.)

b) Oder soferne er sich nicht nachträglich ad causam legitimirt.

c) Die Nichtigkeit des Urtheils setzt jedoch voraus, daß Kläger nicht im Stande ist, das Ratificatorium des eigentlich Berechtigten beizubringen. Sie tritt aber meines Erachtens ungehindert ein, wenn sich gleich der Kläger nachträglich ad causam legitimiren würde, denn sie entsteht durch den Mangel der Prozeß- nicht aber der Sachlegitimation.

d) Die betreffende Einrede kann meines Erachtens nur die exc. def. legit. ad processum sein. v. Bayer scheint auch die exc. def. legit. ad causam im Sinn zu haben, denn er scheidet nicht aus und spricht im betreffenden Abschnitt von den Folgen des Mangels der Sachlegitimation. Daß nun aber die Einwendung der fehlenden Sachlegitimation nach rechtskräftig gewordenem erstem Urtheil nicht mehr vorgebracht werden könne, habe ich bereits oben Abthlg. II a. E. und ad IV. nr. 5. dargethan.

„— — Sollte aber auch der Angegriffene den Mangel nicht rügen und sich in der Hauptsache einlassen, ohne jedoch eine die Legitimation begründende Thatsache zuzugestehen, so würde der Kläger auch später noch vom Richter zurückgewiesen werden dürfen, ja müssen, weil es seine Pflicht gewesen wäre, den Vortrag gar nicht zuzulassen e). Eine Verurtheilung des Beklagten bei ausdrücklich vorliegender und begründeter Einrede des Beklagten f) würde ungiltig sein."

Per argumentum e contrario folgt hieraus, daß die Verurtheilung des Beklagten zu Recht besteht, wenn die exceptio libelli inepti, resp. def. legit. ad processum nicht vorgebracht wurde. Allein offenbar kann auf den Umstand nichts ankommen, ob Beklagter die Einrede vorgebracht hat oder nicht. Im einen wie im andern Fall muß Nichtigkeit eintreten, wenn die obige Einrede eine Nullitätseinrede ist, weil sie dann durch Nichtvorschützung nicht untergeht, sondern von Amtswegen ersetzt werden muß. Dieß sagt auch v. Bayer in der 7. Aufl. S. 42. Absatz 1. S. oben.

---

e) Die Zurückweisung dürfte aber nicht mehr wegen fehlender Sachlegitimation, d. h. wegen Nichtangabe eines factum legitimans, sondern nur wegen fehlender Prozeßlegitimation geschehen. S. die vorige Note c.

f) Nach dem S. 68 a. E. Gesagten kann unter dieser Einrede sowohl die exc. libelli inepti als def. legit. ad processum verstanden werden.

XIII.

Kann baares Geld Gegenstand des Kaufs sein?

Von

Herrn Julius Anthes,
Regierungsadvocat zu Homburg.

In Band XV, S. 42 ff. dieser Zeitschrift sucht Heyer gegen Vangerow zu deduciren, daß baares Geld allerdings Gegenstand des Kaufs sein könne und beruft sich zur Rechtfertigung dieser Ansicht auf die Natur der Sache und ein ausdrückliches Gesetz. Da, soviel ich weiß, Vangerow der einzige Rechtslehrer ist, der in einem Compendium ausdrücklich den Lehrsatz aufstellt, daß baares Geld kein Gegenstand des Kaufs sein könne, so fordert die neue Ansicht Heyer's wenigstens insoferne zur Prüfung ihrer Richtigkeit auf, als sie sich auf eine Gesetzesstelle stützt, die, prüft man sie nicht näher, beim ersten Blick für Heyer zu sprechen scheint. Aus den von Vangerow allegirten und auch von Heyer erwähnten Gesetzen folgt unzweideutig, daß baares Geld nicht unter den Begriff von Waare fallen kann. Aus fr. 1. pr. D. 18. 1. ergiebt es sich, daß origo emendi vendendique a permutationibus coepit, cum non erat nummus, neque aliud merx, neque aliud pretium vocabatur, daß aber electa materia est, cujus publica et perpetua

aestimatio difficultatibus permutationum subveniret, eaque forma percussa nec ultra merx, sed pretium vocabutur. Aus fr. 1. §. 1. D. eod. erhellt weiter: aliud est vendere, aliud emere, aliud pretium, aliud merx, quod in permutatione discerni non potest, uter emtor, uter venditor sit. Im fr. 2. §. 2. D. eod. ist sodann bemerkt, sine pretio nulla venditio est, und im §. 2. J. de contr. emt. wird ausdrücklich gesagt: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quae videatur res venisse, et quae pretii nomine data esse, nam utramque videre et venisse, et pretii nomine data esse, nam utramque videre et venisse, et pretii nomine datam esse, rationem non pati, was auch in fr. 1. pr. D. 19. 4. durch die besondere Bemerkung: ratio nec patitur, ut una eademque res et veneat, et pretium sit emtionis, anerkannt wird. Alles dies schließt ganz ausdrücklich jeden Gedanken davon aus, daß baares Geld Gegenstand des Kaufs, also merx sein könne. Wenn, um den Schwierigkeiten beim Tausch abzuhelfen, Metall mit dem öffentlichen Zeichen seines Werths versehen, also nummi, νόμιςμα, pecunia geschaffen wurden und dieß Metall (im Gegensatz von aes grave, dem rohen Metall) nec ultra (nicht weiter) merx, sondern pretium genannt wurde, so kann geprägtes Metall, dessen Werth öffentlich aufgestempelt ist, nicht mehr merx sein, also nicht mehr gekauft werden. Wenn ferner die ratio es nicht zuläßt, daß eadem res theils als merx, theils als pretium gegeben werde, so folgt wieder hieraus, daß nummi nicht zugleich Gegenstand der Leistung des Käufers und des Verkäufers sein, daß also Geld mit Geld nicht gekauft werden könne. Wenn endlich sine pretio nulla emtio est, aliud vendere, aliud emere, aliud pretium, aliud merx, quod in permutatione non discerni potest, uter emtor, uter venditor, so folgt wieder hieraus, daß es kein Verkauf, sondern nur ein Tausch ist, wenn beide Contrahenten Geld für Geld, also kein aliud, sondern ein idem geben.

Daß in den von Heyer erwähnten Fällen aus dem practischen Leben die angeblich unauflösbare Frage: ob ein Kauf, oder Tausch vorliege? auch nur dahin beantwortet werden könne, daß die Contrahenten Tauschcontracte abschlossen, kann nicht dem mindesten Zweifel unterliegen. Wer eine ungezählte verschlossene Geldsumme, einen ungezählten baaren Spielgewinnst, oder ein in historischer Beziehung interessantes Geldstück für baares Geld einhandelt, schließt keinen Kauf, sondern einen Tausch ab. Denn er gibt Geld und sein Mitcontrahent gibt Geld, also keiner von ihnen ein aliud, sondern ein idem, keiner von ihnen gibt eine merx, sondern jeder von ihnen gibt ein pretium, und da aliud vendere, aliud merx, aliud emere, aliud emtor, so ist es auch unmöglich, discerni, uter emtor, uter venditor, sicut in permutatione. Daß aber darauf nichts ankommen könne, daß ein Contrahent sagt, er wolle mit baarem Gelde baares Geld kaufen, bedarf natürlich keines Beweises, weil der falsche Ausdruck der Contrahenten an der rechtlichen Natur des Geschäfts nichts abändern kann.

So wenig hiernach Heyer Recht hat, wenn er bemerkt, aus den von Vangerow allegirten Stellen folge nicht, daß es keinen Kauf von baarem Gelde gebe, so wenig folgt auch aus der von Heyer für seine Ansicht aufgerufenen Stelle, die Richtigkeit seiner neuen Lehre.

Unter dem Worte missilia in dem fr. 8. §. 1. D. 18. 1.

> aliquando tamen sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur, cum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur, emtio enim contrahitur

ist nämlich nicht baares Geld, keine pecunia, keine numus, also auch kein pretium, zu verstehen. Sueton in seinem Leben Octavian's L. 58. und Neros L. 11. beschreibt umständlich die missilia. Er erklärt aber, daß sie Geschenke gewesen seien, die unter das Volk ausgeworfen worden, und in getrocknetem Obste, Kuchen, Täfelchen, welche Anweisungen auf Geld, oder Getraide

enthalten, aber nicht in baarem Gelde bestanden hätten. Der gewöhnliche Sprachgebrauch widerstreitet also der Auslegung Heyer's und es kann sich daher nur noch fragen, ob im Fragefall eine Abweichung von diesem Sprachgebrauch dahin angenommen werden könne, daß missilia hier nur baares Geld bedeuten sollten.

Heyer beruft sich nun in dieser Beziehung auf die Novelle 105. c. 2. §. 1., worin unter andrem gesagt ist:

> et hac sinimus eos spargere in his quae vocantur missilia, thymelicis et caveis etc.

und bemerkt sodann, missilia seien hiernach nummi gewesen, folglich ein vollkommen fähiger Gegenstand des Kaufs, sie seien, wie die Glosse lehre, der tausendste Theil eines Pfunds Geldes gewesen. Inzwischen ist dem nicht so. In dem griechischen, also dem Urtexte steht für missilia das Wort μιλιαρισίοι, dieß ist aber mit dem Worte missilia nicht gleichbedeutend.

Schon Godofred in seinen Noten zur fraglichen Novelle macht darauf aufmerksam, daß die Uebersetzung missilia für μιλιαρισίοι falsch sei, da nach den von ihm angeführten Epiphanius, Suidas und Cedrenus die μιλιαρισίοι nur eine Art von Münzen gewesen, die den Soldaten gegeben worden seien, mithin darunter der Collectivausdruck missilia (seu dona, quae mittuntur in vulgus) nicht verstanden werden könnten. Es ist daher hier nur noch Folgendes beizufügen: Μιλιαρισίοι, lateinisch miliarenses (dieser Ausdruck kommt in C. 7. C. 12. 24. vor) waren die Mitglieder der den Kampf beginnenden ersten Cohorte, der cohors milliaria. Sie erhielten bei gewissen Gelegenheiten, namentlich den von den Consuln dem Volk gegebenen Spielen eigens für sie geprägte kleine Münzen, und diese Münzen wurden später kurzweg μιλιαρισίοι oder miliarenses genannt. Marini acta fratrum Arvalium p. 630. Orelli inscript. I. p. 388—391. Vegetius de re militari II. 6. Josephi bellum judaic. III, 2. 4. Diese Münzen hatten nach Suidas h. v. einen Werth von $1/_{10}$ solidus, also von $2^1/_2$ Denaren, oder (in den Kaiserzeiten) von 45 Asses, und waren

also so gehaltlos, wie die Münzen, die den Bettlern gegeben, oder von den Engländern in Deutschland unter die Buben geworfen werden, damit sie sich balgen. Der ganze Inhalt der Novelle 105 spricht dafür, daß sie keine Landesmünzen, kein Geld waren. Sie werden in derselben in Vergleich gebracht mit den thymelicis, also mit Münzen, welche für die Theaterchoristen geprägt waren (fr. 6. pr. D. 3. 2.) mit den caveis (in den Theaterschauplatz geworfen), quadrangulis (die wegen ihrer abnormalen viereckigen Gestalt an die böhmischen Kupferkreuzer erinnern, die in cap. 3. von Justinian selbst für unbedeutend erklärt werden). Aus der Novelle 105. selbst aber geht hervor, daß die μιλιαρισίοι oder miliarenses zum Andenken an die Consulen, zur Bestimmung des Consularjahrs, wornach man rechnet u. s. w., geprägt wurden, also nur Gedächtniß- und Schaumünzen waren, aber kein Geld. Hieraus folgt, daß der falsch gewählte Ausdruck missilia in der Novelle 105. nicht zum Beweise dafür dienen kann, daß unter missilia in fr. 8. §. 1. Dig. 18. 1. baares Geld zu verstehen sei, und zwar nur baares Geld. Vielmehr ist es klar, daß die oben erwähnte Begriffsbestimmung von Sueton hier allein maßgebend ist, und daß also, wenn unter den Begriff von missilia auch kleine Münzen fallen, demnach nicht bloß Geld, sondern auch andre dona hierunter verstanden werden müssen.

Da Heyer sich darauf nicht berufen hat, daß das Kaufpretium in numerata pecunia consistere debet (§. 1. J. l. c.) und daß daher, wenn für eine Waare zwar Geld, aber in keiner bestimmten Summe (in folle) gegeben wird, kein Kauf, sondern Tausch begründet wird [1]); folglich auch da, wo eine unbestimmte Summe Geldes (in folle) gegen eine bestimmte Summe Geldes erhandelt wird, consequent ein Kauf angenommen werden müßte, weil die unbestimmte Summe als merx erscheine, so ist hier auch der Ort nicht, hierauf einzugehen.

---

[1]) Cfr. fr. ult. D. de cond. c. d. e. n. s., c. 7. C. de rer. permut.

XIV.

Ueber das receptum nautarum, cauponum et stabulariorum.

Von

Herrn Dr. C. W. Harder
in Hamburg.

Wer sind nautae, caupones, stabularii und finden die gegen sie ex recepto getroffenen Bestimmungen des Römischen Prätors auch auf andere Personen Anwendung und auf welche?

Es könnte scheinen, als ob durch die sorgfältige Behandlung, welche das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum durch Goldschmidt im III. Jahrgange seiner Zeitschrift erfahren hat, die seitherigen Streitfragen in dieser Lehre zum Abschlusse gebracht worden seien. Daß solches nicht der Fall, möge der nachstehenden Ausführung entnommen werden *).

---

*) Zu der von Goldschmidt angeführten Literatur ist hinzuzufügen:

H. A. Heise, im älteren Archive für Handelsrecht II. Band, Seite 100, eine den Hamburgischen Frachtprozeß behandelnde Erzählung eines Rechtsfalles, bei welchem das Handelsgericht die Verpflichtung zum Ersatze eines durch mangelhafte Verladung an dem Frachtgute entstandenen Schadens irriger Weise aus den Grundsätzen vom receptum herleitet.

Die Schrift von Otto Funkhänel, welche Goldschmidt seiner Angabe nach nicht hat auftreiben können, ist eine fleißige Arbeit, wenn gleich sie den Irrthum vertheidigt, als sei die analoge Ausdehnung über das vom Römischen Prätor bezeichnete Gebiet hinaus zulässig.

§. 1.

Wir glauben nicht zu irren, wenn wir behaupten, daß bisher die communis opinio der Lehrer des Römischen Rechts dahin sich ausgesprochen, daß, wenngleich unter „nauta“ nach Ulpian in l. 1. §. 2. h. t. (IV. 9.) derjenige zu verstehen ist, „qui navem exercet“, doch die Rheder von bloßen Frachtschiffen hier nicht gemeint seien. Diese Ansicht, zu deren Vertretern gehören: Wesenbecius ad hunc titulum, Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 8te Aufl., §. 571; Mackeldey Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, 9te Aufl., §. 431; Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand.-Rechts, 3te Aufl., §. 451; Burchardi, Lehrbuch des Römischen Rechts §. 292; G. F. Puchta, Pandekten §. 314, desselben Vorlesungen ad §. 314; Rudorff, Römische Rechtsgeschichte II. S. 353., ist auch von mir vertheidigt worden in Weiske's Rechtslexikon Bd. IX, S. 757, 761. Goldschmidt bestreitet nun diese Ansicht, indem er sagt:

„Die mehrfach aufgestellte Behauptung, daß die Regeln des receptum nur in dem Falle anzuwenden seien, wenn Reisende mit ihrem Gut befördert würden, hat weder innere Gründe, noch den Wortlaut des prätorischen Edicts, noch dessen Interpretation durch die Jurisprudenz für sich — um so weniger, als auf die Personen der Reisenden sich diese Garantieverpflichtung keinesweges erstreckt. Wird auch beim Waarentransport in den Quellen sehr häufig — obwohl keinesweges ausschließlich — der Passagiere (vectores, mercatores) gedacht, so hat dies doch nur darin seinen Grund, daß bei den Handelsverhältnissen des Alterthums, wie gleicherweise des Mittelalters, auch Kaufmannsgut nicht unbegleitet zu reisen pflegte. Im Uebrigen werden bloße Frachtschiffe von den Passagierschiffen sehr wohl unterschieden, ohne daß hinsichtlich der Haftung für den Waarentransport sich auch nur die Andeutung eines Unterschiedes fände.“

Hiernach hätte die Ausschließung der Rheder von Frachtschiffen zunächst keine innere Gründe für sich. Goldschmidt ver-

steht hierunter ohne Zweifel das, was sonst Natur der Sache genannt wird. Sollte diese unsere Annahme richtig sein, dann befände Goldschmidt sich in einem großen Irrthume. Denn die Beschaffung der bloßen Waarenbeförderung unterscheidet sich sehr wesentlich noch heut zu Tage von der Beförderung von Reisenden mit ihrem Gepäcke. Bei jener ist die ganze Sorgfalt des Schiffers sowohl bei der Verladung, als auch während der Reise und bei der Ausladung auf die unversehrte Erhaltung der Waaren gerichtet, weil von dieser sein Lohn abhängig ist; die Waare ist es, welche der Fahrt ihre Richtung giebt; die Waare ist es, welcher bei weitem der größere Theil des Schiffes eingeräumt ist. — Begleitet hier der Kaufmann oder dessen Vertreter (der Supercargo) die Waare, dann reis't die Waare unter dessen eigener Aufsicht, weil der Schiffer, soweit die Sorge für die Waare und das Interesse an derselben in Frage kommt, hier von den Weisungen des Kaufmannes abhängig ist. Begleitet dagegen der Kaufmann die Waare nicht, was bei der Stückgüterfracht meistens der Fall ist, dann vertrauet er das Schicksal seiner Waare dem Schiffer an, ohne daß dieser außer der Beförderungsübereinkunft eine besondere außergewöhnliche Wachsamkeit übernähme. Der Ablader ist der Natur der Sache nach hier gar nicht im Stande, seine Waare selbst zu bewachen; er weiß dieses und zieht dessen ungeachtet die Gefahr der seiner Aufsicht entzogenen Beförderung der ferneren eigenen Beaufsichtigung vor; es muß also entweder ein besonders lockender Gewinn, oder ein besonderes Zutrauen zu dem Schiffer ihn veranlassen, ein solches Wagniß zu unternehmen, wozu kommt, daß er (oder der ihn vertretende Empfänger) den Schiffer wählt, und daß das Ladebuch und andere Schiffsdocumente die eingeladene Waare genau bezeichnen, so daß sie der Aufmerksamkeit des Schiffers nicht wohl entgehen kann. Es ist in diesen Fällen mithin gar keine Veranlassung, den Schiffer weiter, als aus dem Beförderungsvertrage und aus seinem und der Schiffsmannschaft Versehen zu verpflichten. Ganz anders steht die Sache bei denjeni-

gen Schiffen, welche zur Personenbeförderung bestimmt sind; diese müssen von denen benutzt werden, welchen sie gerade zur Zeit Gelegenheit bieten, von einem Platze zu einem anderen zu gelangen; eine Wahl des Schiffers abseiten der Reisenden findet hier nicht statt; ebensowenig ist es dem Schiffer möglich, unter den Reisenden zu wählen und die Reisenden selbst kennen ihre Gefährten nicht, die mit ihnen auf dem Schiffe sich zusammenfinden. Hier wäre es das Natürlichste, daß jeder Reisende sein Gepäck selbst beaufsichtigte und bewahrte. Allein solche Beaufsichtigung und Bewahrung würde sich theils mit der Bequemlichkeit der Reisenden nicht wohl vertragen, theils den zur Leitung des Schiffes erforderlichen Arbeiten der Schiffsmannschafft hinderlich werden. Daher wird das Gepäck den Reisenden entweder vom Schiffer abgenommen, oder es wird ihnen ein Raum im Schiffe angewiesen, woselbst es zu liegen hat. Den Reisenden wird selbst nicht immer ein Gepäckschein eingehändigt, z. B. nicht über leichtes Gepäck bei kurzer Fahrt, weil für dieses nichts bezahlt wird. Hier wäre der Reisende ersichtlich in der schlimmsten Lage, wenn der Schiffer nicht nach den Grundsätzen des receptum zu haften hätte; der Reisende würde in bei weitem den meisten Fällen den erlittenen Schaden selbst tragen müssen und die zur Personenbeförderung bestimmten Schiffe würden die beste Gelegenheit zum Stehlen bieten, weil abseiten des Schiffers und seiner Mannschaft keine genaue Aufsicht über das Gepäck zu führen wäre. Nimmt man nun dazu, daß unser heutiges Paßwesen und die übrigen Einrichtungen unserer heutigen Sicherheitspolizei den Römern großentheils unbekannt waren: so sind die Bestimmungen des prätorischen Edicts in Betreff des receptum nautarum ganz erklärlich, und es läßt sich begreifen, daß bei den Römern Menschen das Gewerbe der Personenbeförderung betrieben, die das schlechte Zeugniß verdienen mochten, welches Ulpian in l. 1. §. 1. h. t. ihnen ausstellt.

Goldschmidt beruft sich für seine Ansicht ferner darauf, daß die gegnerische Ansicht den Wortlaut des prätorischen Edicts

nicht für sich habe. Wäre diese Behauptung wahr, dann ließe sie sich von uns mit gleichem Rechte und mit gleichem Gewichte gegen Goldschmidt richten, da der Wortlaut des Edicts der weiteren Auffassung gerade so günstig ist, wie der engeren, nach welcher nur an zur Personenbeförderung bestimmte Schiffe gedacht sein soll. Für diese letztere Ansicht spricht aber einmal die Zusammenstellung der nautae mit den caupones und stabularii, deren Stellung bei der Bewahrung von Reisegepäck in der That sich gleicht; sodann ist zu berücksichtigen, daß der Ausdruck „nauta" für „Rheder" weder im Titel de Exerc. Act. (XIV, 1), noch im Titel de lege Rhodia (XIV, 2) gebraucht wird, und daß dieser Ausdruck beim receptum sehr wohl paßte, dessen Bestimmungen gegen verdächtige Leute, zu denen die Rheder von Frachtschiffen auch damals schwerlich gehört haben, gerichtet sind. Denn die nautae im Sinne des in Rede stehenden Edicts waren Leute, die ausschließlich von der Personenbeförderung sich ernährten und ihre Fahrzeuge in der Regel selbst führten. Sie waren also in der That diejenigen, von denen Ulpian den Ausdruck navem exercere gebraucht, d. h. die Unternehmer, gegen welche die Klage zu richten war. Sie beförderten mit den Reisenden ohne Zweifel auch Waaren; allein nicht umgekehrt Waaren ohne Reisende. Ihr Hauptgeschäft war die Personenbeförderung. Schiffe dieser Leute machten im Alterthume selten weite Reisen und standen den eigentlichen Frachtschiffen an Größe ohne Zweifel bei weitem nach. Daher lag es Labeo nahe, die Floß- und Kahnschiffer ihnen gleichzustellen, und wir werden schwerlich irren, wenn wir den Ausdruck „nautae" im prätorischen Edicte über das receptum durch „Fährschiffer" übersetzen, zumal nauta sonst zur Bezeichnung des magister navis gebraucht wird, z. B. l. 2. §. 2. de lege Rhodia. — Daß in der Personenbeförderung durch Schiffe bei den Römern eine große Versuchung zur Ausübung von Unrechtfertigkeiten gelegen habe, darf durchaus nicht befremden, wenn man erwägt, daß man auch heut' zu Tage abseiten der Obrigkeit Veranlassung

gefunden hat, die Beförderung von Auswanderern ganz besonders zu überwachen, und daß die Bewohner Italiens niemals in dem Rufe der Zuverlässigkeit gestanden haben.

Die Interpretation des Edicts durch die Jurisprudenz redet offenbar nach dem bereits Ausgeführten der dießseitigen Ansicht das Wort. Denn die sämmtlichen Fragmente unseres Titels erwähnen der bloßen Frachtschiff-Fahrt gar nicht, und in l. 5. pr. sagt Gajus: „nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt, non pro custodia, sed nauta, ut trajiciat vectores cett.“ Diese Worte sagen vollkommen deutlich, daß nur von der Personenbeförderung im Edicte die Rede ist.

Wenn Goldschmidt sich nun noch darauf beruft, daß die Römer Fracht- und Passagierschiffe sehr wohl unterschieden haben: so beweisen die für seine Behauptung der Gleichstellung der Personenbeförderung mit der Waarenbeförderung hinsichtlich der Grundsätze vom receptum angeführten Stellen theils gar nichts für seine Ansicht, theils gerade gegen dieselbe.

l. 1. §. 12. de exerc. act. führt gerade an, daß viele Rheder die Beförderung von Reisenden ihren Schiffern verbieten. — Hierzu haben sie doch wohl nicht eine bloße factische Veranlassung gehabt?

l. 2. pr. §. 2. de lege Rhodia reden von Schiffen, die zugleich Personen und Waaren befördern.

l. 13. §. 1. locati ist entschieden gegen Goldschmidt. Denn Labeo hätte den Frachtschiffer, der die Waare in ein anderes Schiff, mit dem sie später untergegangen, umgeladen hat, unmöglich wegen mangelnder culpa von der Haftung freisprechen können, wenn die Grundsätze vom receptum auf ihn anwendbar gewesen wären.

Wir gelangen also zu dem Resultate, daß die Bestimmungen des prätorischen Edicts vom receptum nach Römischem Rechte auf die Waarenbeförderung zu Wasser nicht angewendet wurden.

Ob eine analoge Ausdehnung hier zuläſſig und in das heutige gemeine Seerecht eingedrungen iſt, davon weiter unten.

§. 2.

Ueber das Verſtändniß des Wortes „caupones“ hat Goldſchmidt ſich nicht näher erklärt, und er hatte hierzu inſofern auch keine Veranlaſſung, als die Rechtslehrer ziemlich einſtimmig dahin ſich ausſprechen, caupones ſeien Gaſtwirthe, die gegen Bezahlung Reiſende beköſtigen und beherbergen. Ob dieſe Erklärung richtig iſt, wollen wir ſehen. Allerdings iſt zwiſchen ſolchen Reiſenden, die bloß auf eine kleine Weile einkehren, um in dem allgemeinen Gaſtzimmer eine leichte Erquickung zu ſich zu nehmen, und ſolchen Reiſenden, die längere Zeit zu verweilen gedenken und ein beſonderes Zimmer ſich anweiſen laſſen, ein Unterſchied. Wirthe, bei denen nur Reiſende der erſteren Art einkehren, Schenk- und Speiſewirthe, übernehmen gar keine Verantwortung für die Sachen der Einkehrenden, ebenſowenig, wie für die Sachen ihrer heimiſchen Gäſte. — Allein nicht ſelten ereignet es ſich, namentlich beim heutigen Verkehre auf Eiſenbahnen, daß Reiſende in einem Wirthshauſe bis zum Abgange der nächſten Beförderungsgelegenheit ſtundenlang ſich aufhalten, ohne jedoch daſelbſt zu übernachten. Hier iſt ihr Verhältniß den übernachtenden Reiſenden dann ganz gleich, wenn ſie ſich zu dem Wirthe wie dieſe ſtellen, alſo z. B. ein eigenes Zimmer ſich anweiſen laſſen. Denn auf das Uebernachten, was in der Regel unter „Beherbergung“ mitverſtanden wird, kommt es bei der Anwendung der Grundſätze des receptum nicht an. Denn in l. 5. pr. h. t. ſagt Gajus nur: „caupo (sc. mercedem accipit), ut viatores manere in caupona patiatur“, ohne die Dauer des „manere“ genauer zu beſtimmen; ebenſo ſagt Paulus in l. 6. pr. eod.: „vel in caupona gratis diverteris“, bei welchen Worten gewiß nicht an ein „Uebernachten“ gedacht werden muß und, wenn derſelbe Juriſt in §. 3. den caupo für diejenigen haften läßt, qui habitandi causa in caupona sunt: ſo iſt

hiermit das „Uebernachten“ umsoweniger zur Bedingung der Haftung gemacht, als der caupo von der Haftung freigesprochen wird nur bei demjenigen, qui hospitio repentino recipitur, veluti viator, welches letztere Wort Paulus ersichtlich in einem anderen Sinne gebraucht, als Gajus in l. 5. h. t., nämlich für „Wanderer.“

§. 3.

Wer unter dem Ausdrucke „stabularius“ zu verstehen, darüber herrscht kein Streit; hinsichtlich des bei dem Stallwirthe eingestellten Fuhrwerkes kommt es ebenfalls nicht auf das „Uebernachten“ an, ja überhaupt nicht auf eine längere Zeitdauer denn Gajus l. c. sagt: „stabularius (sc. mercedem accipit), ut permittat jumenta apud eum stabulari.“ — Um ihn zu verpflichten, genügt also die Benutzung seines Stallraumes, und dieß ist auch ganz in der Ordnung, weil ein Stall nur von dem Stallwirthe bekannten Personen betreten werden darf, oder doch nur solchen Personen der längere Aufenthalt im Stalle gestattet wird.

§. 4.

Es kann noch die Frage entstehen, ob der Gastwirth für die bei ihm abgelegten Sachen seiner heimischen Gäste oder der Mitglieder einer Gesellschaft, die sich in seinen Räumen zu einem Gastmahle, zu einer musikalischen Unterhaltung, zu einem Balle, versammelt, gleichfalls nach den Grundsätzen des receptum hafte. Die Frage ist zu verneinen. Denn Gajus l. c. redet nur von „viatores“ und die Veranlassung des Edicts ist ersichtlich die Begünstigung des Verkehres dadurch, daß den Reisenden in den Gasthöfen eine große Sicherheit gewährt, und daß ihnen gegen die Unrechtfertigkeiten von Leuten, denen sie sich anvertrauen mußten, ohne sie zu kennen, ein ausreichendes Schutzmittel geboten wurde. Diese Rücksichten fallen denen gegenüber weg, welche mit dem Wirthe an einem und demselben Orte ansässig sind; sie

kennen ihren Mann und bedürfen seiner nicht nothwendig; sie können den Gang des ordentlichen Rechtsverfahrens gegen ihn ruhig abwarten. Im Resultate hiermit übereinstimmend die oben citirten Schriftsteller und Müller über die de recepto actio §. 1, Anmerkung 2; A. C. Wolters über die actio de recepto §. 7.

§. 5.

Im Interesse der Reisenden ist in einsamen Gegenden die Gastwirthschaft von Obrigkeitswegen oft unter der Bedingung gestattet worden, daß der Wirth keinen Reisenden, der nicht durch sein Betragen das Gastrecht verletzt, abweisen darf. Auf solche Wirthe sind die Grundsätze vom receptum nicht anwendbar, weil man von ihnen nicht mit Ulpian in l. 1. §. 1. h. t. sagen kann: „est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant." Dasselbe trifft bei solchen Fährschiffern zu, die zur Beförderung jeglicher Art von Reisenden verpflichtet sind. — Vergl. l. un. furti adv. naut. (XLVII, 5) und deren Erklärung durch Emmerich in der Gießener Zeitschrift N. F. Bd. XVIII. S. 120.

§. 6.

Darin ist Goldschmidt vollkommen beizustimmen, wenn er hervorhebt, „daß das receptum nicht als eine vollständige Vertragsart bezeichnet werden darf, und daß die Grundsätze desselben keinesweges ausreichen, um die von ihm beherrschten Verkehrsverhältnisse juristisch zu regeln, daß diese vielmehr zugleich den durch ihren civilrechtlichen Charakter gegebenen, und lediglich hinsichtlich der Haftungspflicht gegen Entwendung und Beschädigung modificirten Rechtsnormen unterliegen, denselben, welche für sie ausschließlich zur Geltung kommen, wo die rechtlichen Voraussetzungen der verstärkten Haftungspflicht fehlen; daß mithin das receptum stets einem vollkommen verbindlichen civilen Vertrage hinzutritt."

Die Entwickelung von Goldschmidt in §. 2. bis §. 10. seiner angeführten Abhandlung dürfte, bis auf folgende kleine Irrthümer, ungetheilten Beifall verdienen.

In §. 6. not. 69 ist l. 6. §. 3. h. t. ein irriges Citat; in §. 7. hätten die Ausdrücke „Ladung", „Waare" vermieden werden sollen, weil sie auf das Verhältniß des Gast- und Stallwirthes nicht passen, und weil sie nur auf die Waarenbeförderung zu Wasser sich beziehen, auf welche nach Römischem Rechte unserer vorstehenden Ausführung nach die Grundsätze vom receptum nicht angewendet wurden.

In §. 8. S. 111. sub 2), a, b würde statt des Ausdruckes „gesetzlich" besser der weitere Ausdruck „rechtlich" gewählt worden sein.

In §. 10. sub I, 1), drückt der Verfasser sich unvorsichtig aus, wenn er sagt, der Gegner des nauta (caupo stabularius) müsse replicando die Vermeidlichkeit der sonst nicht vertretbaren facta erweisen. Denn, ob der Gegner zu repliziren hat, hängt von dessen Parteirolle ab; er muß nicht nothwendig Kläger sein; sodann wird der Beweis — abgesehen von dem Falle seiner Anticipirung und von dem Falle des Geständnisses — mit dem ersten Verfahren nicht verbunden; er gehört bekanntlich in das zweite Verfahren; nur die Behauptungen, von deren Herstellung durch Beweis die Anerkennung eines Anspruches abhängt, werden im ersten Verfahren, und zwar je nach der Parteirolle und nach Lage der Verhandlung, entweder agendo, oder excipiendo, oder replicando, oder duplicando, oder triplicando, quadruplicando u. s. f. vorgebracht.

Goldschmidt redet hier in §. 10. wieder ganz unpassend von „Ladung" und „Befrachter", wogegen oben bereits das Nöthige bemerkt worden ist. Besser wäre es gewesen, er hätte hervorgehoben, daß, unter den von ihm sub 1, 2, 3 angeführten Umständen Fährschiffer, Gast- und Stallwirthe von der Haftung für das Gepäck und Geschirr frei werden, wobei man z. B. den durch ein krankhaftes Pferd des Reisenden dessen eigenem Ge-

schirre zugefügten Schaden unter I, 1, die Nichtbefolgung der Anweisungen des Recipienten unter I, 2, und das Reißen von Kleidern aus schadhaften Stoffen unter I, 3 bringen wird.

Goldschmidt hat zwar darin Recht, daß gemeinrechtlich die Belegung der Verklarung nicht das ausschließliche Beweismittel des Schiffers in jedem Falle sein muß, daß ihm vielmehr alle übrigen Beweismittel unter Umständen zu Gebote stehen können; allein meistens wird er auf die Verklarung angewiesen sein, und jedenfalls wird er dieser sich unterziehen müssen, wenn er einem Rechte unterworfen ist, welches hinsichtlich der Verklarung die Ansicht des Englischen Rechtes theilt, nach welcher dieselbe gewissermaaßen die vorschriftsmäßig erforderliche und beglaubigte Abstattung eines Reiseberichtes ist.

In §. 12 ist Goldschmidt darin beizustimmen, wenn er behauptet, daß den Germanischen Seerechten die Grundsätze des Römischen receptum unbekannt seien. Dieses Zeugniß ist eine fernere Stütze unserer obigen Behauptung, die Grundsätze des receptum seien auf die bloße Frachtschifffahrt nicht anwendbar. Goldschmidt geräth aber bei seiner Beweisführung auf Abwege, indem er die Wirthe ganz aus den Augen verliert und von den Schiffern sich zu den Fuhrleuten wendet. — Es ist aber keinem Zweifel unterworfen, daß Schiffer und Wirthe nach den Grundsätzen beurtheilt worden sind, welche sich im Sachsenspiegel III, 5. §§. 3—5; Hamb. Stadtr. v. 1270, IX. 21; XII. 12; 1292 H. 23; M. 17; P. 12; 1497 L. 8—11; alt. Lüb. Recht Brokes Cod. II. 138 bei Hach IV, 29, Lüb. Stadtrecht von 1586. VI, 1, 9, Hamb. Stadtr. v. 1605. II. 3. 3. finden, von welchen Stellen diejenige des Lüb. Rechts mit der ihr verwandten des älteren Hanseatischen Seerechtes Goldschmidt nicht entgangen ist. — Uebrigens ist nicht gesagt, daß der Ausdruck „ohne Schuld des Schiffers" in den betreffenden Seerechten eine geringere custodia erfordere, als welche das receptum zur Pflicht macht. — Aus dem, was Goldschmidt über den Inhalt der Romanischen Seerechtsquellen anführt, ergiebt sich mit Sicher-

heit, daß dieselben die Römischen Grundsätze über das receptum entweder abgeändert, oder gar nicht wiedergeben, so z. B. nähert sich die Bestimmung des Statutes von Marseille ersichtlich der Hanseatischen und Lübischen; des Falles der Beschädigung der Ladung gedenkt sie gar nicht; dasselbe gilt von den angeführten Bestimmungen des Consolato del mare. Daß auch das Hamb. Recht von 1605 die Grundsätze vom receptum nicht aufgenommen hat, darin ist Baumeister (das Privatrecht der freien Hansestadt Hamburg) entschieden beizupflichten; unter den übrigen Particularrechten herrscht keine Uebereinstimmung und geben sie nicht das reine, richtig aufgefaßte Röm. Recht wieder. Wenn nun dieß auch nicht hindert, anzuerkennen, daß ein gemeinsames Bedürfniß hier zur Geltendmachung Römischer Rechtsansichten geführt hat: so darf man doch schwerlich als gemeinrechtliches Resultat die Ausdehnung der Römischen Bestimmungen über das ihnen im prätorischen Edicte angewiesene Gebiet hinaus, also auch auf die bloße Waarenbeförderung durch See- und Flußschiffe, hinstellen.

Mit Recht erklärt sich Goldschmidt in §. 13. gegen die Zulässigkeit der Ausdehnung der Grundsätze vom receptum auf den Landtransportvertrag und widerlegt in trefflicher Ausführung die irrigen Ansichten seiner Gegner, zu denen hier gehören Funckhänel in seiner oben angeführten Schrift; Pöhls, Handelsrecht I. Band, §. 68 flgg.; das Hamburgische Handelsgericht vgl. (älteres) Archiv für Handelsrecht 2ter Band, S. 100 flgg. Allein Goldschmidt's eigene Beweisführung läßt sich auch gegen die Ausdehnung auf die bloße Waarenbeförderung zu Wasser geltend machen, und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß die Rheder von Frachtschiffen auch heut zu Tage im allgemeinen eines größeren Zutrauens genießen, als die Fährschiffer und Auswandererbeförderer. Zu vergleichen ist hier auch noch die lehrreiche Abhandlung von v. Linde in der Gießener Zeitschrift N. F. Band 16. Nr. VI.

Wenn Goldschmidt im Anhange zu seiner hier besprochenen

Abhandlung S. 369 über den in der Deutschen Seerechtskonferenz zu Hamburg ohne Widerspruch aufgestellten irrigen Satz sich wundert: so hat er gewiß Recht und läßt sich wohl annehmen, daß gegen jenen Satz Hamburgischer Seits Widerspruch erhoben sein würde, wenn ein rechtswissenschaftlich gebildeter Kenner des Seerechtes stimmberechtigter Abgeordneter und nicht bloß Protokollführer gewesen wäre, so daß die Abgeordneten aus dem Handelsstande, wie früher an Halle, Haller und Trummer eine zuverlässige Stütze gehabt hätten.

Schließlich sei noch die Bemerkung gestattet, daß durch Uebereinkunft der Betheiligten die Grundsätze vom receptum auch für die Verhältnisse, die sonst von ihnen nicht berührt werden, als Norm aufgestellt werden können, gerade so, wie der Darlehnsempfänger der Wechselstrenge sich unterwerfen kann. Daß dieß beim Frachtverkehre und bei Personenbeförderungen zu Lande vorkommt, soll nicht bestritten werden, wohl aber, daß bereits ein communis consensus omnium utentium vorliegt.

XV.

Gewährt nach römischem Recht die mit animus rem sibi habendi verbundene thatsächliche Herrschaft über eine Sache in allen Fällen den Schutz durch Interdikte?

Von

Herrn Dr. H. Witte,
Privatdocenten in Berlin.

I.

Besitz ist bekanntlich die einem Rechte entsprechende thatsächliche Herrschaft über eine Sache. Durch diese Definition wird zweierlei erfordert. Einmal die Fähigkeit des Subjektes, jede Verfügung über die unterworfene Sache zu treffen, zu welcher das ausgeübte Recht die Befugniß ertheilen würde. Sodann der Wille des Inhabers, den thatsächlichen Zustand im eigenen Interesse geltend zu machen, da nur die bewußte Beziehung einer Sache auf die eigene Person als Herrschaft bezeichnet werden kann. Es bedarf des corpus und des animus rem sibi habendi. Wo diese beiden Momente zusammentreffen, liegt possessio vor. Deßhalb hat sich die Untersuchung über das Vorhandensein eines Besitzes auf die Erörterung dieser thatsächlichen Voraussetzungen zu beschränken. Nur wenn es sich fragt,

welche Wirkungen der Besitz hervorbringe, interessirt die Art seiner Entstehung, sein Verhältniß zum Recht, ob er iustus oder iniustus sei.

Als reine Thatsache würde der Besitz eines rechtlichen Schutzes entbehren, wenn sich in ihm nicht ein Wille verwirklichte, der kraft des Rechtes der Persönlichkeit Anspruch auf Geltung erheben kann. Allerdings ist diese Geltung keine unbedingte. Der Wille kann nicht berücksichtigt werden, sobald das Recht eines Andern auf eine den Besitzer ausschließende Beherrschung der Sache nachgewiesen ist. Wohl aber ist die Person, welche sich Gegenstände der unfreien Natur zur Ausnutzung unterwirft, gegen jeden zu schützen, der sich nicht seinerseits auf ein erworbenes Recht zu berufen vermag, so daß eigenmächtige Entziehung einer besessenen Sache, sowie Störung eines vorhandenen Besitzes, nicht geduldet werden kann. Auf diesem Gedanken beruhen die possessorischen Interdikte. Sie setzen folglich nichts als die Thatsache des Besitzes voraus, weil in ihr unter allen Umständen die Persönlichkeit des Besitzers hervortritt [1]).

Danach scheint es, als müsse die Frage, ob es nach römischem Recht Fälle gebe, in denen trotz des vorhandenen animus rem sibi habendi verbunden mit der faktischen Herrschaft über die Sache ein durch Interdikte geschützter Besitz nicht anzunehmen sei, von vorn herein verneint werden, da ja diese beiden Momente das Wesen eines faktischen Verhältnisses bestimmen sollen, dem ohne Rücksicht auf seine rechtliche Begründung wegen der darin sich bethätigenden Persönlichkeit rechtlicher Schutz gegen Eigenmacht gewährt ist. Dennoch werden ganz allgemein Ausnahmen von der als richtig zugestandenen Regel anerkannt und auf das verschiedenste begründet. Zu prüfen, ob das römische Recht in Wahrheit solche Ausnahmen kenne, ist der Zweck der vorliegenden Abhandlung.

---

1) l. 3. §. 5. de poss. 41, 2. l. 2. uti possid. 43, 17.

Wenn der Grund des Rechtsschutzes in dem Willen des Besitzers gefunden wird, so ist es eine nothwendige Consequenz des römisch-rechtlichen Satzes, daß es Menschen gebe, die als Sachen rechtlich keinen Willen haben, wenn ein Sklave von den Interdikten keinen Gebrauch machen kann [2]). Aus demselben Gesichtspunkt rechtfertigt sich die Bestimmung des älteren Rechts, daß ein Angriff auf die von einem vermögensunfähigen filius familias innegehabte Sache nur dem Vater gegenüber als Besitzverletzung erscheine [3]). Der Wille des Sohnes, die unterworfene Sache für sich zu besitzen, wurde als rechtlich unmöglich nicht anerkannt. Mit der Unfähigkeit der Haussöhne, Eigenthum zu erwerben, muß aber dieser Satz als weggefallen angesehen werden. Auch macht es keine Schwierigkeit, die Bestimmung des römischen Rechts, daß an res extra commercium kein Besitz erworben werden könne [4]), mit der Theorie vom Besitze in Einklang zu bringen. Denn ein Wille, welcher nicht nur das Recht eines Einzelnen verletzt, wie dies bei der Besitzergreifung an einer fremden Sache der Fall ist, sondern wegen seiner Richtung auf einen Gegenstand, welcher dem privatrechtlichen Verkehr überhaupt entzogen ist, unter allen Umständen als unrechtmäßig erscheint, kann auf Rechtsschutz keinen Anspruch erheben. Damit sind Klagen auf Grund von Gewaltthätigkeiten gegen die Person des Detentor einer res extra commercium nicht ausgeschlossen. Nur kann durch dieselben die Rückgewährung der entzogenen Sache nicht erlangt werden. Besondere Grundsätze gelten endlich für den vitiösen Besitzer. Zwar verliert man dadurch, daß man selbst die Persönlichkeit eines Anderen nicht respektirt hat, noch nicht jedem Dritten gegenüber den Anspruch auf Schutz gegen Eigenmacht. Wohl aber erscheint es billig, daß man sich demjenigen gegen-

---

2) l. 24. de poss. 41, 2. l. 11. 31. §. 2. de usurp. 41, 3. l. 118. de reg. iur. 50, 17.

3) l. 49. §. 1. h. t.

4) l. 30. §. 1. h. t.

über nicht auf die Bethätigung der eigenen Persönlichkeit berufen kann, den man gerade durch diese Bethätigung verletzt hat. Deßhalb unterliegt der vitiöse Besitzer, wenn er gegen den von ihm entsetzten früheren Besitzer die possessorischen Interdikte anstellt.

Hiermit dürfte aber die Reihe der Fälle, in denen dem Inhaber einer Sache, welcher mit der faktischen Herrschaft auch den Willen, für sich zu besitzen, verbindet, unter Wahrung der juristischen Consequenz die possessorischen Interdikte versagt werden können, zu schließen sein. Wo sonst die Zuständigkeit der Interdikte bei dem Vorhandensein von corpus und animus geleugnet wird, handelt es sich um eine Durchbrechung der Besitztheorie, um eine exceptionelle positive Vorschrift. Wenn man aber überhaupt bei der Annahme von Ausnahmen sehr vorsichtig sein muß, so ist diese Forderung eine doppelt dringende, wenn es sich bloß um die Anerkennung eines rein thatsächlichen Verhältnisses handelt, dessen Existenz nur auf Grund von Fiktionen würde hinwegdeducirt werden können. Es lohnt sich deßhalb der Mühe, die angeblichen Ausnahmen näher zu prüfen, und zu untersuchen, ob nicht auch sie das Schicksal so unzähliger anderer vermeintlicher Irregularitäten theilen, d. h. auf allgemeine, durchaus consequente Grundsätze zurückgeführt werden können.

II.

Bevor aber auf die einzelnen Fälle eingegangen werden kann, die als Ausnahmen auch von den Vertheidigern der immer mehr zur allgemeinen Anerkennung gelangenden Theorie, daß der Besitz ein rein thatsächliches Verhältniß sei, angenommen werden, ist eine ganz neuerdings von Brinz [5]) aufgestellte Ansicht zu erörtern, welche zur Begründung des Besitzes das Vorhandensein der thatsächlichen Voraussetzungen keineswegs unter allen Umständen für ausreichend erachtet.

---

5) Jahrb. für deutsches Recht. III. S. 15 ff.

Brinz glaubt in den Gesetzen mehrfach Entscheidungen zu finden, welche den Erwerb des Besitzes an einer tradirten Sache trotz des animus rem sibi habendi auf Seiten des Empfängers in Abrede stellen. Er sucht dies Resultat dadurch zu rechtfertigen, daß er eine Succession in den Besitz für möglich erklärt, da derselbe keineswegs ein bloßes Faktum, sondern wesentlich auch ein Recht sei. Bei jeder Succession gelte aber der Satz: nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet. Daraus ergebe sich, daß Niemand den Besitz übertragen könne, der ihn selbst nicht habe. Zur Ermöglichung einer Succession sei ferner nothwendig, daß der Tradent zur Veräußerung befähigt sei, woraus sich der Satz erkläre, daß ein Pupill oder Wahnsinniger Besitz nicht übertragen könne. Schließlich müsse Consens beider Contrahenten erfordert werden. Der Irrthum über den Gegenstand der Tradition schließe also gleichfalls den Besitzerwerb aus. Gegen diese Theorie macht sich **Brinz** selbst den Einwand, daß viele Stellen unzweifelhaft die Usucapion für zuläßig erklären in Fällen, in denen nach obigen Sätzen Besitz nicht hätte erworben werden können. Doch hält er zwei Auswege für möglich. Entweder könne man mit Cujacius annehmen, daß unter Umständen die bona fides des Empfängers selbst den Mangel des Besitzes ergänze und eine Usucapion auf Grund bloßer Detention bewirke. Oder man müsse zweierlei Arten von Tradition unterscheiden. Denn nicht immer bezwecke die Tradition dasselbe. Einmal sei sie das Mittel, die Sache selbst, das Eigenthum, zu übertragen. Sie komme aber auch lediglich als possessionis traditio vor, so daß die Uebertragung des Besitzes der einzige Zweck des Geschäftes sei. Dies müsse namentlich angenommen werden, wenn der Empfänger der Sache bereits durch Mancipation, Testament oder sonst Eigenthum erworben habe, oder wenn, wie bei der Hingabe an den Pfandgläubiger, Sequester, Precaristen, überhaupt nur Besitz übertragen werden solle. Halte man diese Unterscheidung fest, so seien die Erfordernisse zur Vermittelung einer Succession nothwendig, sofern es sich um eine tra-

ditio possessionis in dem festgestellten Sinne handele, während bei der Tradition einer Sache der Besitzerwerb des Empfängers als ein originärer, durch Occupation vermittelter, durch die Tradition nur erleichterter angesehen werden müsse.

Daß diese Lehre von der Succession in den Besitz und der Unmöglichkeit des Besitzerwerbes, wo die Bedingungen für eine Succession nicht vorliegen, undenkbar sei, sofern man an dem Ausgangspunkte unserer Abhandlung, an dem Charakter des Besitzes als reines Faktum, festhält, hat Brinz selbst anerkannt. Und in der That bedarf es keines Beweises, daß die faktische Herrschaft über eine Sache in der Person eines jeden Besitzers selbstständig erzeugt wird, wenn auch ein Geschäft mit dem früheren Inhaber die Herstellung des Herrschaftsverhältnisses ermöglicht. Brinz beruft sich deßhalb darauf, daß auch Puchta den Besitz als ein Recht bezeichne, indem er es für gleichgültig erklärt, ob der rechtliche Charakter des Besitzes dem Rechte der Persönlichkeit entlehnt werde. Doch kann es ihm selbst kaum entgangen sein, daß es keineswegs gleichgültig ist, ob ein faktisches Verhältniß deßhalb Rechtsschutz genießt, weil in der Verletzung desselben ein Angriff gegen die Person des Betheiligten gefunden werden muß, oder ob mit der faktischen Unterwerfung einer Sache ein Recht erworben wird, das eine Uebertragung auf einen Andern zuläßt. Denn im ersten Falle wird der neue Besitzer in seinem Verhältniß zur Sache deßhalb vertheidigt, weil nunmehr seine eigene Persönlichkeit durch den Angriff auf seinen Besitz als verletzt erscheint, ohne daß auf die Persönlichkeit seines Auctors irgend ein Gewicht zu legen wäre. Es wird also ein ganz neues Recht, das Recht seiner Person geschützt. Dagegen müßte bei der Auffassung des Besitzes als eines selbstständigen, übertragungsfähigen Rechtes dasselbe Recht als angegriffen angesehen werden, das bereits bei dem Auctor des gegenwärtigen Besitzers zur Entstehung gekommen war.

Die Aussprüche der Quellen, daß der Besitz non solum facti sed et iuris sei, daß er plurimum ex iure mutuatur

und dergl. sind hinreichend erklärt durch den Umstand, daß in dem faktischen Verhältniß das Recht einer Persönlichkeit geschützt wird, weßhalb denn allerdings, wie wir bereits gesehen haben, unter Umständen aus rechtlichen Gründen der thatsächlichen Herrschaft über eine Sache der Rechtsschutz entzogen ist. Dazu kommt, daß sich an den Besitz sehr wichtige rechtliche Folgen anschließen, so daß die Frage, ob die den Erwerb oder Verlust bedingenden Momente vorliegen, von der größten rechtlichen Bedeutung ist. Dabei hat die Rechtstheorie Sätze entwickelt, deren Resultate allerdings vielfach einer natürlichen Anschauung zu widersprechen scheinen. Ich erinnere an die Bestimmung, daß der Besitz als fortgesetzt gelte, bis animus oder corpus in contrarium actum sei, daß ein auf Dereliktion des Besitzes gerichteter Wille eines Veräußerungsunfähigen ignorirt werde u. a. m. Doch beschränkt sich das Recht darauf, Regeln für die Interpretation der thatsächlichen Verhältnisse aufzustellen, nach welchen entschieden werden soll, ob die Voraussetzungen der rechtlich zu schützenden, faktischen Herrschaft über eine Sache vorhanden seien, und es sind deßhalb die Stellen, welche den Besitz ausdrücklich als res facti bezeichnen [6]), keineswegs für einseitig zu erklären.

Aber nicht nur die Natur des Besitzes als Thatsache widerstreitet der von Brinz aufgestellten Theorie. Sie wird auch durch die Quellen direkt widerlegt. Denn beide Versuche, die zahlreichen Stellen zu erklären, welche eine Usucapion in Fällen zulassen, wo nach den Grundsätzen über Succession in ein Recht Besitz nicht hätte übertragen werden können [7]), erscheinen als verfehlt. Die Annahme einer Usucapion ohne Voraussetzung eines Besitzes widerstreitet eben so sehr den feststehenden Grundsätzen über das Wesen der Ersitzung, als klaren Gesetzesaussprüchen, wie:

---

6) l. 1. §. 3 u. 4. l. 23. pr. l. 29. h. t.

7) l. 13. §. 1. l. 34. de usurp. 41, 3. l, 2. §. 15 u. 16. pro emptore 41, 4, c. 1. 2. 5. de reb. alien. non alien. 4, 51. c. 3 de praescr. longi temp. 7, 33. Vergl. auch c. 2. ne rei dominicae 7. 38.

sine possessione usucapio contingere non potest (l. 25. de usurp. 41, 3) — cum prius esset, ut quod usucaptum diceretur possessum foret (l. 44. §. 7. eod.), so daß Brinz selbst nur wenig Zutrauen zu dem vorgeschlagenen Auskunftsmittel zu haben scheint. Nicht besser aber ist die Annahme eines wesentlichen Unterschiedes in der Tradition, je nachdem dieselbe den Uebergang eines anderen Rechtes vermitteln, oder nur den Besitz übertragen solle, und die darauf gebaute Folgerung, daß zwar nicht in jenem, wohl aber in diesem Falle die Voraussetzungen für eine Succession vorliegen müßten. Freilich kann unter Umständen die Tradition nur den Zweck haben, den Empfänger der Sache zum Besitzer zu machen, ohne daß mit dem Besitze ein weiteres Recht auf ihn übergehen soll. Daraus folgt aber nicht, daß der Besitz in einem solchen Falle einen ganz anderen Charakter annehme, als wenn er z. B. das Mittel zum Eigenthumserwerb ist. Nur dann aber, wenn man dies behaupten könnte, ließe sich die Aufstellung besonderer Erfordernisse zu seiner Begründung rechtfertigen. Ist er unter allen Umständen in gleicher Weise die faktische Herrschaft über eine Sache, so muß er entweder stets angenommen werden, wo die Sache in die Gewalt Jemandes, der sie für sich besitzen will, gekommen ist, ohne daß auf die Stellung des Tradenten oder sein rechtliches Verhältniß zur Sache Gewicht gelegt werden kann, oder es müssen immer die zur Uebertragung eines Rechtes nöthigen Voraussetzungen erfordert werden. Es läßt sich doch wahrlich nicht einsehen, warum derjenige, welcher durch Mancipation bereits das Eigenthum an einer Sache erworben hat, nicht Besitzer derselben soll werden können, wenn sie ihm von dem unter Vormundschaft stehenden früheren Eigenthümer ohne vormundschaftlichen Consens tradirt wird, während ein jeder Dritter von demselben Pupillen den Besitz erwerben kann. Der Unterscheidung von Brinz, „daß in jenem Falle der Besitz durch Sachergreifung nicht erst erzeugt, sondern nur übernommen werde, daß er vor und über der Sachergreifung dastehe", während bei der beabsichtigten Eigenthumsübertragung „der Empfänger nicht

den Besitz, sondern die Sache ergreife und den Besitz erst erzeuge, indem er die Sache mit dem animus rem sibi habendi in Empfang nehme" (S. 56), fehlt es an innerer Begründung. Ein Besitz ohne besessenen Gegenstand läßt sich nicht denken, und kann folglich auch nicht gesondert von der Sache übertragen werden. Es ist deßhalb stets die Ergreifung der Sache erforderlich, womit dann aber auch stets ein neuer Besitz erzeugt wird. Wie der Zweck, der mit der Ermöglichung der Sachergreifung verfolgt wird, unter Umständen eine Uebertragung des früheren Besitzes, eine Succession in den Besitz soll bewirken können, dürfte durch obige Sätze kaum klar gemacht sein.

Daß den Römern diese mindestens höchst sonderbare Lehre durchaus fremd gewesen sei, geht auf das schlagendste aus ihrem gänzlichen Stillschweigen über eine solche Verschiedenheit der Wirkungen der Tradition hervor, weßhalb denn auch bis auf Brinz Niemand diesen Unterschied aus den Quellen herauszulesen vermocht hat. Hätten die römischen Juristen eine Regel gekannt, wonach unter Umständen der Erwerber einer tradirten Sache nicht habe Besitzer werden können, sie hätten sicher nicht verfehlt, das Wunderbare einer solchen Bestimmung entweder aus inneren Gründen zu rechtfertigen, oder als positive Ausnahme anzuerkennen. Wenn sich Brinz darauf beruft, daß von traditio possessionis gesprochen werde, so übersieht er, daß wir mit gleicher Ungenauigkeit von Besitzübertragung reden, während wir an die Uebertragung einer Sache in den Besitz eines Andern denken. Hat doch Brinz selbst ein Beispiel angeführt (l. 26. pr. de don. i. v. et ux. 24, 1), wo die Ausdrücke: tradere possessionem und tradere rem frei abwechseln. Dasselbe Resultat scheint mir auch die l. 33. §. 4. de usurp. 41, 3. zu ergeben, welche Brinz umgekehrt zur Bestätigung seiner Ansicht heranzieht. Sie lautet:

> Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est; si creditor possessionem eius alii tradiderit, interpellabitur usucapio. Et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei, qui quid depo-

suit vel commodavit: quos palam est desinere usucapere, si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum accepit. Plane si creditor nuda conventione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perseverabit. (Julianus.)

Brinz glaubt nämlich, daß der Pfandgläubiger die erhaltene Sache weiter als Faustpfand fortgebe, während der Depositar oder Commodatar die Sache zu Eigenthumsbesitz übertrage. Deßhalb habe in jenem Falle von einer possessionis traditio, in diesem aber von einem tradere rem gesprochen werden müssen. Wenn aber Julian die Vergleichung des Pfandgläubigers und des Depositars consequent durchführen wollte, so mußte er in beiden Fällen gleichmäßig entweder eine Uebertragung zum Eigenthumsbesitz oder eine Uebertragung zu einem dem Rechtsverhältnisse des Tradenten analogen Zwecke voraussetzen, und hätte deßhalb, wenn in der That der von Brinz behauptete Unterschied in der Redeweise gemacht worden wäre, beide Male gleichmäßig von einer rei oder possessionis traditio zu sprechen gehabt.

Entscheidend für die Unhaltbarkeit der von Brinz aufgestellten Meinung ist schließlich der Umstand, daß die wichtigsten Stellen, welche Brinz den Erwerb eines Besitzes aus rechtlichen Gründen zu verneinen scheinen, die l. 33 u. 34 h. t. u. die c. 5. C. eod., durchaus nicht darauf hindeuten, daß es sich bei ihnen um eine Tradition handle, bei welcher der Besitz der ausschließliche Gegenstand des Geschäftes sei. Wir müßten deßhalb ganz ohne Anhalt eine vorhergegangene mancipatio oder in iure cessio hinzudenken, oder sonst etwas in die Stelle hineintragen, was die Tradition als reines Besitzgeschäft erscheinen ließe. Ganz unerheblich ist dagegen, daß in den Stellen, welche die Zulässigkeit der Usucapion auch unter Umständen annehmen, wo ein rechtlicher Grund die Möglichkeit einer Succes-

sion in den Besitz ausgeschlossen haben würde, der Ausdruck possessionis traditio zufällig nicht vorkommt.

Nach Widerlegung von Brinz's Lehre sind jetzt noch diejenigen Stellen näher in's Auge zu fassen, welche einen scharfsinnigen Juristen zur Aufstellung einer so seltsamen Theorie verleitet haben.

Aus

> l. 21. pr. h. t. Interdum eius possessionem, cuius ipsi non habemus, alii tradere possumus: veluti cum is, qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogavit (Javolenus.)

folgert Brinz mit einem argumentum a contrario, daß in der Regel zur traditio possessionis Besitz auf Seiten des Tradenten vorausgesetzt werde. Dies ist auch unzweifelhaft richtig, nur muß possessio, wie es so häufig geschieht, in dem weiteren Sinne von körperlicher Herrschaft über eine Sache genommen werden, so daß auch das Verhältniß eines Detentors darunter mitbegriffen ist. Hält man dies fest, so verschwindet jede Schwierigkeit.

Weiter beruft sich Brinz auf

> l. 11. de acquir. rer. dom. 41, 1. Pupillus, quantum ad acquirendum, non indiget tutoris auctoritate; alienare vero rem nullam potest, nisi praesente tutore auctore; et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est. Quae sententia vera est. (Marcianus.)

Kann man auch zugeben, daß das alienare nicht gleichbedeutend ist mit amittere, sondern das Uebertragen auf einen Andern bezeichnet, so erregt doch diese Stelle kein Bedenken, wenn man berücksichtigt, daß sich an den Besitz rechtliche Vortheile anschließen, in die eine Succession möglich ist. Da diese bei der Erwerbung der Sache von einem Veräußerungsunfähigen nicht auf den neuen Besitzer übergehen, so kann man sagen, der Pupill

sei unfähig, den Besitz zu übertragen [8]). So heißt es auch bei dem Kaufe von einem Wahnsinnigen:

> et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis. (l. 2. §. 16. pro emptore 41, 4.)

Daß aber der Pupill sowohl als der Wahnsinnige durch Weggabe der Sache den Besitz auf Seiten des Empfängers und folglich den eigenen Besitzverlust herbeiführen könne, ist in l. 29. h. t. ausdrücklich anerkannt, und wird namentlich auch durch die Stellen bestätigt, welche eine Usucapion auf Grund eines Geschäftes mit einem Veräußerungsunfähigen zulassen [9]). Die Geltung dieser ganz allgemein gehaltenen Stellen auszuschließen, wenn der Tradition eine mancipatio oder in iure cessio vorhergegangen ist, wenn es sich also nach der Ansicht der Parteien bei der Tradition nur noch um die Einweisung in den Besitz handelt, erscheint als durchaus willkührlich.

Das Hauptgewicht bei seiner Beweisführung legt Brinz auf die l. 33. und das pr. der l. 34. h. t.

Die zweite Stelle lautet:

> Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem, me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero: non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus in corpore consenserimus. Quoniam autem in corpore consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse, et celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam adquisita est? Sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui

---

8) Vergl. auch v. Savigny, Lehre vom Besitz §. 32. S. 419.

9) l. 2. §. 15 u. 16 pro emptore 41, 4. l. 13. §. 1. l. 34 de usurp. 41, 3.

quodammodo sub conditione recessit de possessione. (Ulpianus.)

Brinz interpretirt so, daß er nur einen Irrthum über den Gegenstand der Einweisung, nicht aber einen Irrthum über den Gegenstand der Besitzergreifung annimmt. Er folgert daraus, daß wenn Jemand in den Besitz eines bestimmten Grundstückes eingewiesen zu sein glaubt, aber mit Bewußtsein ein anderes in Besitz nimmt, er trotz seiner Absicht, das von ihm innegehabte Grundstück für sich zu besitzen, dennoch nicht Besitzer desselben wird, auch wenn es sich als das in Wahrheit ihm angewiesene herausstellen sollte. Den Grund suchte er darin, daß ein den Consensus aufhebender Irrthum bei der Tradition des Besitzes die Succession und somit die Möglichkeit des Besitzerwerbes ausschließe. Aber ein Irrthum über den Gegenstand der Tradition läßt sich kaum denken. Setzt doch die missio in possessionem die Gegenwart des zu überweisenden Grundstückes wenigstens in der Weise voraus, daß es gesehen und bestimmt bezeichnet werden kann. Will also der Acquirent das in der That angewiesene Grundstück erwerben, so ist nicht ersichtlich, wie es an dem zum Besitzerwerb durch Tradition erforderlichen Consensus soll fehlen können. Eine unbefangene Betrachtung der Stelle führt denn auch zu einem anderen Resultate. Mit Nothwendigkeit scheint sich der Gedanke aufzudrängen, daß der Grund, weßhalb der Besitz nicht erworben werde, in dem Worte „errantem“ enthalten sei. Der Empfänger des Grundstücks ist also in einem Irrthum über den Gegenstand der Erwerbung befangen, und zwar in einem error in corpore, welcher den Willen, diesen Gegenstand zu besitzen, ganz ausschließt. Damit ist aber eine Erklärung der Stelle gegeben, welche nach allen Seiten hin befriedigt. Ich will den fundus Sempronianus erwerben, und glaube, als mir der fundus Cornelianus angewiesen wird, daß dies der Sempronianus sei. Ergreife ich in Folge dessen den Cornelianus, so habe ich ein Grundstück in meiner Gewalt, auf das mein Besitz-

wille gar nicht gerichtet ist, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus [10]).

Nicht minder scheint mir die l. 33. h. t. von Brinz mißverstanden zu sein:

> Fundi venditor etiam si mandaverit alicui, ut emptorem in vacuam possessionem induceret: priusquam id fieret, non recte emptor per se in possessionem veniet. Item si amicus venditoris mortuo eo, priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus, id fecerit: recte possessio tradita erit. Sed si id fecerit, cum sciret dominum mortuum, aut cum sciret, heredes id facere nolle: contra erit. (Pomponius.)

Brinz stellt fest, daß der Käufer einer Sache praedo werde, wenn er sich derselben ohne Mitwirkung des Verkäufers bemächtige; daß auch der praedo besitze, ist von Brinz nicht in Abrede gestellt. Ebenso müsse praedo werden, wer wissentlich von einem nicht bevollmächtigten Stellvertreter die Sache in Empfang nehme. Handele er bona fide, so könne er nicht praedo sein, folglich — gar nicht Besitz erwerben. Weßhalb Brinz diese Folgerung aus dem Worte „recte" ziehen zu müssen glaubt, ist schwer einzusehen, da er selbst unmittelbar vorher den Satz: non recte emptor per se in possessionem veniet nicht so interpretirt hat, als könne der Käufer ohne Mitwirkung des Verkäufers überhaupt gar nicht in den Besitz der erstandenen Sache gelangen. Daß die possessio non recte erworben sei, bewirkt nur einen Mangel, nicht aber gänzliche Abwesenheit des Besitzes. Die eigenmächtige Ergreifung einer Sache, auf welche man ein Recht hat, schließt die Usucapion auf Grund des Rechtstitels aus [11]). Der gutgläubige Empfang von einem nicht bevollmächtigten Dritten überträgt nicht das Eigenthum, und gewährt nicht die ex-

---

10) Vergl. auch Scheurl, Beiträge. I. VIII. S. 203.

11) l. 5. h. t. l. 8 pro legato 41. 8.

ceptio rei venditae et traditae gegen die Vindikation des Verkäufers. Mehr aber läßt sich aus der l. 33. cit. nicht folgern.

Es bleibt schließlich nur noch die c. 5. h. t.:

> Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa excolendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum: Praeses provinciae inquisita fide veri dominii tui ius convelli non sinet. (Diocl. et Max.)

Brinz führt treffend aus, daß der Käufer des Grundstücks dem vindicirenden Eigenthümer gegenüber die Usucapion vorschütze. Auch ist seine Polemik gegen die vielfach aufgestellte Annahme, der Verklagte berufe sich dabei auf eine accessio possessionis aus der Person seines Auctors, und nur dies werde von den Kaisern für unstatthaft erklärt, da nemo possessionis causam sibi mutare possit, der Colon also selbst nicht Besitzer gewesen sei, gerechtfertigt. Es wird durch dieselbe etwas in die Stelle hineingetragen, worauf mit keinem Worte hingedeutet ist [12]). Wenn aber Brinz daraus folgert, daß die Usucapion des Käufers deßhalb ausgeschlossen sei, weil der Colon als Detentor dem Käufer den Besitz nicht habe verschaffen können, so kann er sich selbst das Mißliche dieser Schlußfolgerung nicht verhehlen. Führt er doch selbst eine ganze Reihe von Stellen an, nach denen der Usucapionsbesitz von Leuten übertragen werden kann, die weder selbst Besitzer waren, noch einen Auftrag zur Veräußerung erhalten hatten, während auch der Ausweg, daß es sich in der c. 5. um ein reines Besitzgeschäft handle, nach dem Inhalt der Stelle unmöglich zu sein scheint. Brinz wird es deßhalb natürlich finden, wenn wir nach Erledigung der anderen von ihm citirten Stellen schon jetzt die positiven Quellenzeugnisse für seine

---

[12]) Gegen diese Annahme dürfte auch namentlich noch geltend zu machen sein, daß von einer accessio possessionis schon wegen der unzweifelhaften mala fides des Colons keine Rede sein konnte.

Lehre von der Succession in den Besitz für beseitigt erachten, und die Erklärung der c. 5. für einen späteren Ort aufsparen.

III.

Wir gehen nunmehr zur Besprechung derjenigen Fälle über, welche auch von den Vertheidigern der hier vertretenen Ansicht über die Natur des Besitzes als Ausnahmen von der Regel bezeichnet werden, daß überall, wo corpus und animus zusammentreffen, Besitz anzunehmen sei. Namentlich wird auf Grund des Satzes, daß an Grundstücken der Besitz nicht ohne Kenntniß des Besitzers verloren gehen könne, bei allen Erwerbern eines Grundstückes ignorante domino Besitz geleugnet. Daneben soll das Verhältniß der Stellvertretung mehrfach exceptionelle Erscheinungen hervorbringen. So wird gewöhnlich behauptet, daß der Stellvertreter trotz seines darauf gerichteten Willens den Besitz nicht erwerben könne, wenn der Tradent den Besitz dem Principal zu übertragen beabsichtige, daß dazu vielmehr eine nachträgliche Dejektion des letzteren erforderlich sei. Ferner sollen Depositare, Commodatare, Pächter u. s. w. in der Erwerbung des Besitzes an den deponirten, geliehenen oder gepachteten Sachen beschränkt sein.

Wenden wir uns zunächst zu dem wichtigsten Falle, den Besitz an Grundstücken ignorante domino. Seit Savigny erfreut sich der Satz, daß man den Besitz eines Grundstückes nicht ohne Kenntniß der Occupation durch einen Dritten corpore verlieren können, einer unangefochtenen Anerkennung. Daraus zieht schon Savigny [13]) den Schluß, daß bis zur Benachrichtigung des Dominus kein Occupant Besitz erwerben könne, ein Resultat, das von Bruns [14]) zwar für bedenklich erklärt, als unrömisch aber von Niemand angefochten ist. Und doch glaube ich, daß diese den Consequenzen der richtigen Besitztheorie auf das schneidendste

---

13) l. c. §. 11. S. 200. §. 33. S. 435.

14) Jahrb. für deutsches Recht. IV. S. 47.

widersprechende Lehre einer unbefangenen Betrachtung der Quellen gegenüber nicht Stich hält.

Der Ausgangspunkt für die ganze Argumentation sind die Stellen, in welchen gesagt wird, der Besitzer eines Grundstücks retinire den Besitz animo, bis er von der Occupation durch einen Dritten Kenntniß erhalten habe. Dieser Satz wird verbunden mit dem anderen, daß eine compossessio plurium in solidum unstatthaft sei, und daraus dann weiter die Unmöglichkeit des Besitzerwerbes ohne Kenntniß des früheren Besitzers gefolgert.

Dieser Schluß hat jedoch zwei schwache Seiten. Einmal erscheint es keineswegs als ausgemacht, daß eine compossessio plurium unter allen Umständen undenkbar sei. Sodann erregt es Bedenken, wenn auf die Person des neuen Inhabers des Grundstückes gar keine Rücksicht genommen, der bonae fidei possessor ebenso wie der vitiöse Occupant behandelt wird. Prüfen wir zuvörderst die Grundsätze der Römer über compossessio plurium in solidum.

IV.

Die wichtigste Stelle ist l. 3 §. 5. h. t.:

> Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste, vel duos iuste non posse. Quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis, an iniuste possideat. Quod est verius; non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. (Paulus.)

Paulus berichtet, daß Trebatius die Ansicht gehabt habe, eine iusta possessio könne mit einer iniusta concurriren, daß

er aber deswegen von Labeo getadelt sei. Hätte Trebatius damit nur sagen wollen, daß derjenige, dem der Besitz vitiöser Weise entzogen sei, dem gegenwärtigen vitiösen Besitzer gegenüber in dem Possessorienstreite siege, so würde die Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und Labeo auf einen Wortstreit hinausgelaufen sein. Auch Ulpian meint [15]), daß man in diesem Sinne den Dejicirten noch immer als Besitzer ansehen könne, während umgekehrt Javolen dem vitiösen Besitzer mit Rücksicht auf seine Restitutionspflicht den Besitz in gewissem Sinne abspricht [16]). Ebenso muß aus der durch ihre Aufnahme in die Pandekten gebilligten l. 19. pr. de precario 43, 46. mittelst eines argumentum a contrario gefolgert werden, daß Julian die Concurrenz einer iusta und iniusta possessio annahm, ohne daß deßhalb der Schluß gerechtfertigt wäre, er habe die schon von Labeo verworfene Ansicht des Trebatius vertheidigt. Denn dieser wollte offenbar aus der Fortdauer einer iusta possessio neben der iniusta weitere Consequenzen herleiten, so daß eine Widerlegung seiner Theorie praktische Bedeutung hatte. So scheint er gefolgert zu haben, daß der entsetzte Besitzer die possessorischen Interdikte auch gegen Dritte anstellen könne, so lange nicht Jemand eine iusta possessio erworben habe. Gegen diese Lehre ist die l. 3. pr. uti poss. 43, 17. gerichtet:

> Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum; quod qualiter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem iustam et iniustam, ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto; si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego.

Ulpian zeigt, daß nach der Fassung des Ediktes eine Entscheidung zwischen dem iustus possessor und dem iniustus, der

---

15) l. 17. pr. h. t.
16) l. 22. h. t.

aber nicht von jenem die Sache genommen habe, nicht möglich sein würde. Die Folgerung, daß die Lehre deßhalb nicht richtig sein könne, überläßt er dem Leser.

Wichtiger war, daß Trebatius jedenfalls auch die Usucapion durch die injusta possessio nicht für unterbrochen ansah. Wenn Savigny (S. 193.) diese Ansicht für so bodenlos hält, daß sie kaum jemals von einem römischen Juristen habe vertreten sein können, so vermag ich ihm nicht beizustimmen. Sie erscheint mir vielmehr als eine nothwendige Consequenz, wenn in praktisch bedeutsamer Weise die Fortdauer des Besitzes, so lange nur ein iniustus possessor die Sache in Händen hat, angenommen wird. Viel eher glaube ich, daß Trebatius die Verwickelungen, welche aus der Gestattung der Interdikte hervorgehen mußten, selbst erkannt, und die Wirkungen der von ihm als fortdauernd angesehenen possessio auf den Fortlauf der Usucapion beschränkt habe. Finden sich doch, wie wir gleich sehen werden, noch im neuesten römischen Recht Fälle, in denen die Usucapion nicht unterbrochen wird, obgleich ein Anderer durch Interdikte geschützten Besitz der Sache erlangt hat. Daß die Ansicht des Trebatius in ihrem Resultate verworfen ist [17]), kann selbstverständig nicht als Beweis dafür angesehen werden, daß sie nie aufgestellt sei.

Wenn aber entschieden wurde, daß auch die vitiöse Entziehung der Sache die Usucapion unterbreche, so daß selbst der in Folge eines interdictum retinendae possessionis wiedererlangte Besitz hinsichtlich der Usucapion als ein neuer galt, so mußte nothwendiger Weise dem früheren Inhaber, sofern es sich nicht um sein Verhältniß zum Dejicienten handelte, Besitz abgesprochen werden. In dieser Beziehung findet sich denn auch außer jener Hindeutung auf die abweichende Meinung des Trebatius in den Pandekten keine Spur einer Meinungsverschiedenheit der römischen

---

17) l. 5. de usurp. 41. 3.

Juristen [18]). Ebenso allgemein wurde aber umgekehrt deswegen, weil neben dem durch Interdikte geschützten Besitz des Einen ein Anderer fortusucapirt, in einzelnen Fällen eine compossessio angenommen. So bei dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner. Der angeführte Grund für die Annahme einer compossessio wird mehrfach ausgesprochen. So enthält die l. 36. h. t. in dem Satze: cum possessio creditoris non impediat capionem die Rechtfertigung, warum überhaupt dem Pfandschuldner Besitz zugeschrieben werde. In l. 1. §. 15. h. t. wird ausdrücklich gesagt: ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem, und in l. 16. de usurp. 41, 3. heißt es: quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet.

Dasselbe gilt auch für den precario dans und accipiens. So wird in der bereits citirten l. 3. §. 5. h. t. die Ansicht des Sabinus, daß sowohl der precario dans als der precario accipiens besitze, nicht wie die des Trebatius, welcher aus einem einzelnen Falle eine allgemeine Regel machte, verworfen. Sie findet sich vielmehr ausdrücklich recipirt in der l. 15. §. 4. de precario 43, 26. Der Grund liegt auch hier, wie beim Pfandrecht, offenbar in der Fortdauer der Usucapion auf Seiten des precario dans. Doch tritt das Verhältniß einer wahren compossessio nur ein, wenn der Precarist die Sache erhalten hat: ut sibi possidere liceat, nicht, wenn der Zweck des Geschäftes blos ist: ut in possessione esset [19]). Denn im zweiten Falle bleibt der Besitz in jeder Beziehung bei dem precario dans.

---

[18]) Daß in der l. 1. §. 45. de vi 43. 16 ein „non" vor „possidet" einzuschieben sei, kann nach dem ganzen Inhalt der Stelle, in welcher demjenigen, der durch seinen Sklaven noch besitzt, das interdictum versagt wird, kaum zweifelhaft sein. cf. Savigny l. c. S. 189.

[19]) Vergl. l. 10. §. 1. h. t. l. 6. §. 2 de precar. 43, 26. l. 33. §. 6. de usurp. 41. 3.

Savigny [20]) wirft den Compilatoren vor, daß sie inconsequenter Weise mit Anerkennung einer möglichen compossessio des Precaristen und des Hingebers eine in allen übrigen Anwendungen verworfene Ansicht recipirt hätten. Die in l. 3. §. 5. h. t. ausgesprochene Verwerfung einer compossessio bezieht sich aber, wie oben gezeigt ist, nur auf die falschen Consequenzen, die Trebatius aus der Annahme einer possessio bei dem vitiös Entsetzten herleitete. Daß ein Mitbesitz des Pfandschuldners und Gläubigers geleugnet sei, ist aus den Pandekten nicht zu erkennen, und derselbe Grund, welcher ihn hier als vorhanden erscheinen ließ, paßt ebenso auf das precarium. Auch die Stellen, welche Savigny zum Beweise anführt, daß andere Juristen bei dem auf Uebertragung des Besitzes gerichteten precarium einen Besitz auf Seiten des precario dans geleugnet hätten, scheinen mir nicht beweisend zu sein. Betreffs der l. 13. §. 7. h. t. hat schon Cuperus [21]) darauf hingewiesen, daß sie auf die accessio possessionis bei dem interdictum uti possidetis zu beziehen sei. Dafür spricht neben der Inscription der l. 13. c. verbunden mit der Inscription der l. un. de utrubi 43, 31. namentlich auch die Versagung der accessio bei Fortdauer des precarium. Savigny selbst scheint dies auch anzuerkennen; doch bestreitet er die Bedeutung des Arguments, da es, wie nur eine possessio, so auch nur eine accessio gebe. Dies ist es ja aber gerade, was wir leugnen, und was durch die angezogenen Quellenzeugnisse widerlegt zu sein scheint. Auch war nach unserer Ansicht die Bestimmung der l. 13. §. 7. cit. keineswegs überflüssig. Denn wenn auch der precario dans weiter usucapirte, und ihm in dieser Beziehung, wie dem Pfandschuldner, Besitz zugesprochen wurde, so war es doch wesentlich, daß ihm nach Rückempfang der Sache bei dem interdictum uti possidetis

---

20) l. c. §. 11. S. 197.

21) Observationes selectae de natura possessionis Ed. Thibaut. P. 2. c. 22. p. 121.

der Besitz des Precaristen zugerechnet wurde. Denn quoad interdicta hatte nicht er, sondern der Precarist besessen.

Die l. 13. §. 9. h. t. auf das precarium zu beziehen, ist mindestens sehr bedenklich, was noch in erhöhtem Maße von der l. 17. §. 1. h. t. gilt, so daß in der That kein Grund vorliegt, eine Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen, oder gar eine Aufhebung des Satzes der l. 15. §. 4. de precario durch andere Stellen anzunehmen.

Eine Untersuchung, aus welchem Grunde dem Pfandgläubiger und dem precario accipiens trotz des Mangels eines animus domini Besitz zugeschrieben sei, kann hier nicht erwartet werden. Es genügt festzustellen, daß trotz dieses Besitzes der Fortlauf der Usucapion auf Seiten des frühern Inhabers der Sache anerkannt, und auf Grund dieser Erscheinung eine compossessio plurium angenommen ist. Der Besitz des Pfandschuldners und des precario dans muß aber wegfallen, sobald die fortgegebene Sache der Einwirkung des Empfängers entzogen wird. Denn wenn dieser auch selbst zu der Sache in ein so nahes Verhältniß getreten ist, daß seine Persönlichkeit durch die Störung seines Gewahrsams als angegriffen erscheint, so leitet er doch seine Macht über die Sache von seinem Auctor her, und vertritt diesen, wenn auch im eigenen Interesse. In diesem Verhältniß übt also der dominus noch immer eine Herrschaft über die Sache aus, die als Grundlage seines Usucapionsbesitzes angesehen werden kann. Mit Wegfall des vermittelten Einflusses auf die Sache geht der Besitz corpore verloren [22].

Halten wir das Resultat fest, daß die Römer trotz des Interdiktenbesitzes eines Anderen von der Fortdauer des Besitzes sprechen, wo die Usucapion durch die Aufhebung des unmittelbaren Verhältnisses zur Sache nicht unterbrochen ist, so würde es uns nicht Wunder nehmen können, wenn wir auch außer dem Falle des pignus und des precarium unter gleichen Umständen

---

22) l. 33. §. 4. de usurp. 41. 3.

demselben Sprachgebrauche begegnen sollten. Fänden wir also, daß die vitiöse Occupation eines ohne Aufseher gelassenen fundus die Usucapion des Besitzers solange nicht unterbreche, als dieser von derselben keine Kenntniß erlangt hat, so würde der Dejicirte ganz consequent noch als possessor bezeichnet werden können, obschon der Occupant gleichfalls jedem Dritten gegenüber Besitzer geworden wäre, und als solcher durch Interdikte geschützt werden müßte. Daß die Usucapion des der Occupation unkundigen Besitzers nicht unterbrochen werde, ist allgemein anerkannt. Wie dieser Satz zu erklären, und welche Ausdehnung ihm einzuräumen sei, soll später untersucht werden. Hier kommt es mir nur darauf an, festzustellen, daß auch der Occupant besitze, daß also auch in diesem Verhältnisse eine compossessio vorkomme.

Klar ausgesprochen wird dieß in l. 6. h. t.:

> Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et ne faceret timebat. Is autem, qui cum possideret non clam, se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere. Non enim ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est, nec quemquam clam possidere incipere, qui sciente aut volente eo, ad quem ea res pertinet, aut aliqua ratione bonae fidei possessionem nanciscitur. Itaque inquit Pomponius, clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens, ignorante eo, quem metuit, furtive possessionem ingreditur.
>
> §. 1. Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et, dum inde a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum

non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam (Ulpianus).

Im pr. sagt Ulpian ganz allgemein, clam besitze, wer ohne Wissen desjenigen, von dem er Widerspruch erwarten mußte, den Besitz ergriffen habe. Dabei wird kein Unterschied gemacht zwischen dem Besitz von Mobilien und Immobilien. Ob ein Besitz vitiös sei, so fährt der Jurist fort, entscheide sich nach der Art der Erwerbung. Der bona fide erlangte Besitz werde also nicht clandestin, wenn sich der Inhaber aus Furcht vor Dejektion verberge. Im §. 1. wird darauf der Fall besprochen, daß das Grundstück Jemandes in Besitz genommen ist, der bei einer Reise auf den Jahrmarkt dasselbe ohne Wächter verlassen hatte. Davon ausgehend, daß unter diesen Umständen die bona fides des Occupanten ausgeschlossen sei, bezeichnet Ulpian den Besitz desselben als clandestin. Deßhalb höre der Abwesende nicht auf, zu besitzen. Diese Folgerung setzt die Richtigkeit der vorläufig von uns angenommenen Regel voraus, daß vitiöse Besitznahme die Usucapion nicht unterbreche. Schließlich wird ausgeführt, daß, wenn der Besitzer bei seiner Rückkehr nicht zugelassen werde, der Occupant vi magis intelligi possidere quam clam.

Deutlicher kann der Besitz des Occupanten kaum bezeugt werden. Denn daß auch eine possessio clandestina Besitz sei, wird von keiner Seite geleugnet. Savigny [23]) nimmt deßhalb an, Labeo's Ansicht werde von Ulpian verworfen, und zwar in dem Satze: retinet ergo etc., welcher die neuere Ansicht und damit als nothwendige Folge den Ausschluß des Besitzes auf Seiten des Occupanten ausspreche. Dasselbe Resultat ergebe sich aus dem Schlußsatze, welcher in Verbindung mit der Regel des pr.: daß es nicht auf die ratio obtinendae, sondern auf die origo nanciscendae possessionis ankomme, beweise, daß der Occupant vorher gar keinen Besitz gehabt habe. Um den Gegensatz zwischen Labeo und Ulpian zu gewinnen, liest er abweichend von der Flo-

23) l. c. §. 31. S. 414.

rentina mit mehreren Ausgaben „unde“ statt „verum“ und „intelligitur“ statt „intelligi.“

Bei dieser Auslegung bleibt aber das dem pr. entnommene Argument, wonach auch Grundstücke ohne Wissen des Besitzers clam besessen werden können, unangefochten bestehen. Dagegen wird der Zusammenhang zwischen dem pr. und dem §. 1. zerrissen, der Sinn des Wortes „ergo“, welches auf eine Folgerung hinweist, in einer unstatthaften Weise umgedeutet, ein aus der Natur der Sache sich ergebendes Resultat unter Annahme einer anderweit nicht bezeugten Controverse unter den römischen Juristen verworfen, und zu Lesarten Zuflucht genommen, die jedenfalls schlechter beglaubigt sind, als die Savigny's Interpretation unbezweifelt ausschließende Lesart der Florentina. Auch das Argument, daß nach dem pr. der l. 6. der Charakter des Besitzes sich nicht ändern könne, da es nur auf die Art der Erwerbung, nicht auf die Mittel der Erhaltung desselben ankommen solle, während doch nach unserer Ansicht eine Umwandelung der clandestina possessio in eine violenta angenommen werden müßte, ist bedeutungslos. Denn nur die in der oben gegebenen Umschreibung der l. 6. aufgestellte Ansicht, wonach zwar die Frage, ob der Besitz vitiös sei, nach der Art der Erwerbung entschieden werden soll, die Unwandelung des einen vitium in ein anderes aber nicht ausgeschlossen ist, scheint durch die Natur der Sache begründet zu sein. Jedenfalls wird ihre Möglichkeit nicht bezweifelt werden können. Die clam ergriffene possessio als violenta zu bezeichnen, wenn nachträglich dem Besitzer gegenüber Gewalt angewendet wird, hat aber die praktische Bedeutung, daß von nun an das Grundstück der Usucapion entzogen ist.

Dem Occupanten wird also in der l. 6. c. schon während der Unkenntniß des Besitzers eine clandestina possessio zugeschrieben. Dasselbe Resultat bezeugt die l. 46. h. t., wo Papinian von demselben Verhältniß sagt: occupatam ab alio possessionem. Das Wort „possessio“ in diesem Zusammen-

hange mit Besitzung zu übersetzen, wäre mehr als gezwungen, zumal da auch Pomponius in l. 25. §. 2. h. t. dem heimlichen Occupanten corporalis possessio zuschreibt. Daß aber diese possessio trotz der Unrechtmäßigkeit ihrer Entstehung gegen jeden Dritten durch Interdikte geschützt werde, ergiebt sich aus der l. 2. uti poss. 43, 17.

V.

Daraus, daß Jemandem der Besitz zugesprochen wird, folgt noch nicht unter allen Umständen, daß ihn kein anderer an derselben Sache haben könne. Nachdem die Richtigkeit dieses Satzes erwiesen ist, soll nunmehr untersucht werden, was es mit dem Verluste des Besitzes an Grundstücken für eine Bewandniß habe. Und zwar wird zunächst das Recht der Pandekten erörtert werden. Erst wenn dies feststeht, ist zu ermitteln, ob und welche Veränderungen durch kaiserliche Constitutionen herbeigeführt sind.

Die Natur der Grundstücke bringt es mit sich, daß sich die faktische Herrschaft über dieselben nicht, wie bei Mobilien, darin äußern kann, daß der Besitzer zu jeder Zeit und von jedem Theile des Grundstückes fremden Einfluß auszuschließen vermag. Der Satz, welcher in den Quellen nur für Mobilien ausgesprochen ist, daß der Besitz solange fortdauere: quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possumus [24]), muß deßhalb in erhöhtem Maße für Grundstücke gelten. Hätte man die Usucapion an einem Grundstücke stets dann unterbrochen sein lassen, wenn Jemand ohne Wissen des Besitzers einen Theil einer vielleicht sehr ausgedehnten Besitzung in eigennütziger Absicht occupirt hat, so wäre dies für den Besitzer, welcher derartige Eingriffe auszuschließen gar nicht im Stande ist, eine drückende Härte gewesen. Daraus ergab sich mit Nothwendigkeit der Satz, daß der Besitz als ununterbrochen fortgesetzt angesehen werden solle, wenn der Besitzer sofort nach der Benachrichtigung von der Occupa-

24) l. 3. §. 13. h. t.

tion seine ausschließliche Herrschaft über das Grundstück wieder herstellt [25]). Und zwar kann er zu diesem Zwecke Gewalt anwenden nach dem Grundsatze: vim vi repellere licet. Ja dieser Satz gestaltet sich bei Grundstücken sogar dahin, daß selbst der momentan wirklich Dejicirte ex continenti eine Wiedervertreibung des Occupanten vornehmen darf. Denn es muß die Möglichkeit berücksichtigt werden, daß der augenblicklich vielleicht wehrlose Besitzer von dem Eindringling überwältigt wird, während ihm in der That hinreichende Mittel zu Gebote stehen, sein Eigenthum zu vertheidigen [26]). Dieses Recht der Vertreibung des unbefugten Occupanten ist die Grundlage für die Annahme einer fortdauernden körperlichen Herrschaft über die Sache, welche den Fortlauf der Usucapion als gerechtfertigt erscheinen läßt. Deßhalb muß mit dem Wegfall der Befugniß, eigenmächtig einzuschreiten, der Besitz corpore verloren gehen, die Usucapion unterbrochen werden.

Namentlich wichtig sind die soeben erörterten Sätze, wenn der Besitzer sich nicht an dem Orte befindet, wo das Grundstück liegt. Dieser Fall hatte für die Römer ganz besondere Bedeutung. Vielfach hatten Leute, die in Rom wohnten, Besitzungen in fernen Gegenden, die theils durch Sklaven oder Colonen dauernd bewirthschaftet wurden, theils nur zu Weiden in bestimmten Zeiten dienten, die übrigen Theile des Jahres aber unbewacht liegen blieben. Auch hier galt die Regel, daß der Besitz animo retinirt, die Usucapion nicht unterbrochen werde, wenn ohne Wissen des Besitzers Dritte sich des unbeschützten Grundstückes bemächtigt hatten [27]). Erst wenn jener von der Occupation Kenntniß erlangt, und entweder einen vergeblichen Versuch zur Vertreibung gemacht, oder sich aus Scheu oder sonst einem Grunde bei der Thatsache beruhigt hatte, ging ihm der Besitz

25) l. 18. §. 3. h. t.

26) l. 1. §. 27. l. 3. §. 9. l. 17 de vi 43. 16.

27) l. 3. §. 7. l. 6. §. 1. l. 25. §. 2. l. 46. h. t.

quoad usucapionem verloren. Setzte der Occupant dem rückkehrenden Besitzer Gewalt entgegen, so verwandelte er seine clandestina possessio in eine violenta [28]) und entzog dadurch das Grundstück der Usucapion auch für weitere Erwerber. Wurde kein Vertreibungsversuch ex continenti gemacht, so blieb die possessio clandestina. Mit Savigny (S. 410.) schon dann eine violenta anzunehmen, wenn ohne alle Vertheidigungsmaßregeln des Occupanten, welche zur Erregung von Furcht dienen können, der Dejicirte sich scheut, einen Vertreibungsversuch anzustellen, liegt kein Grund vor. Umgekehrt ein vitium possessionis ganz zu leugnen, wenn der frühere Besitzer nicht aus Furcht, sondern aus irgend einem anderen Grunde den Versuch der Vertreibung unterläßt (Savigny S. 410.), ist ebenso ungerechtfertigt, da hier der Satz Anwendung findet, daß es auf die Art des Erwerbes ankomme, die possessio also jedenfalls clandestina bleiben muß. Die wichtige Folge ist, daß der entsetzte Besitzer innerhalb eines Jahres, welches von dem Moment der Benachrichtigung zu laufen anfängt, mit dem interdictum uti possidetis Restitution des Besitzes erwirken kann, da er kraft der Duplicität der Interdikte dem vitiösen Besitzer auch ohne Besitz obsiegt.

Stellt der von der Occupation benachrichtigte Besitzer anstatt ex continenti einen Vertreibungsversuch zu wagen, ex continenti das interdictum uti possidetis an, so muß consequenter Weise die Usucapion für ihn fortlaufen. Denn die Störung durch den Occupanten verwandelt sich erst dann in eine Entsetzung, wenn sie nicht sofort zurückgewiesen wird. Ob dies aber durch eigene Macht oder mit richterlicher Hülfe geschieht, kann einen Unterschied nicht begründen.

Daß solo animo, also auch durch Unterlassung eines Vertreibungsversuches, Niemand den Besitz verlieren kann, der überhaupt zu wollen unfähig ist, müßte angenommen werden, auch

---

28) l. 6. §. 1. h. t.

wenn es nicht in l. 27. h. t. ausdrücklich ausgesprochen wäre. Die Folge ist, daß die Occupation eines Dritten die Usucapion nicht eher unterbricht, als bis der Besitzer nach erlangter Willensfähigkeit von derselben Kenntniß erhält, und den ihm dann noch zustehenden Vertreibungsversuch gar nicht oder unglücklich anstellt. Will man aber aus der l. 27. den Satz entnehmen, daß, da zu dem Verluste eines animo retinirten Besitzes stets das Aufgeben animo erfordert werde, der Besitz einem furiosus überhaupt nicht entzogen werden könne, so übersieht man, daß der Grund dieser Entscheidung offenbar unhaltbar sein würde. Denn von demjenigen, welcher bei seiner Rückkehr zu dem ohne Wächter verlassenen Grundstück gewaltsam vertrieben wird, kann man unmöglich sagen, er verliere den Besitz animo, obgleich ihm derselbe in diesem Falle unzweifelhaft entzogen wird. Der animo retinirte Besitz kann also auch corpore aufgehoben werden.

Die gewaltsame Dejektion bei der Rückkehr ist aber nicht die einzige mögliche Weise einer solchen körperlichen Entsetzung. Da die Fortdauer des Besitzes auf dem Rechte zur gewaltsamen Vertreibung des eigenmächtigen Occupanten beruht, so muß er auch wegfallen, wenn Jemand den Besitz ergriffen hat, gegen den Gewalt nicht angewendet werden darf.

Wir kommen hiermit zur Erörterung der wichtigen Frage, ob der abwesende Besitzer bei seiner Rückkehr einen jeden Inhaber des Grundstücks vertreiben dürfe? Dagegen spricht vor Allem das Bedürfniß eines geordneten Gemeinwesens. Wenn es auch gestattet sein kann, einen gewaltsamen Angriff mit Gewalt zurückzuweisen, oder auch, nach der unrechtmäßigen Vertreibung sofort wieder in den Besitz einzudringen, so erscheint es doch unglaublich, daß ein viele Jahre lang Abwesender berechtigt sein solle, nach seiner Rückkehr gewaltsam Jemanden von Haus und Hof zu vertreiben, der in gutem Glauben sein Besitzthum erworben hat. Ein so weitgreifendes Recht kann, sollte man meinen, doch höchstens demjenigen gegenüber geltend gemacht werden, der im Bewußtsein, fremdes Eigenthum sich unrecht-

mäßiger Weise anzueignen, den Besitz ergriffen hat, und durch seine Weigerung, dasselbe zu restituiren, dem Eigenthümer strafbare Gewalt entgegensetzt, die mit Gewalt überwunden werden darf.

Dies durch die Billigkeit gebotene Resultat ergiebt sich aber auch mit genügender Bestimmtheit aus den Quellen. Daß der Dritte, welcher ein Grundstück bona fide von dem Occupanten erwirbt, vor Eigenmacht gesichert ist, folgt aus der l. 37. §. 1. und l. 38. de usurp. 41, 3., die aus Gajus II. §. 51. auch in die Institutionen Justinian's (§. 7. I. II, 6.) übergegangen sind. Diese Stellen lauten:

> Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit;
>
> quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intelligit, alienum se possidere, et ob id mala fide possidet; sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit, is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet; abolita enim est quorundam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri.

Denn um usucapiren zu können, muß man in jeder Hinsicht vollständiger Besitzer sein, und das Recht haben, jeden Angriff auf den Besitz, von welcher Seite er auch immer herrühre, mit Gewalt oder Klage zurückzuweisen. Wollte man aber annehmen, der bona fide Erwerbende habe dies Recht erst dadurch erlangt, daß der frühere Besitzer sich bei der Nachricht von der Occupation beruhigt habe, so müßte man ohne allen äußeren Anhalt etwas in die Stellen hineintragen. Nach Savigny's Ansicht, welcher die possessio schon dann zu einer violenta werden läßt, wenn der Versuch der Vertreibung aus Furcht unterbleibt, müßte, um die Zulassung der Usucapion zu erklären, auch noch weiter hinzugedacht werden, daß nicht Furcht vor energischem Widerstand den früheren Besitzer zu seiner Handlungsweise veranlaßt habe.

Gegen den dritten das Grundstück bona fide Erwerbenden fällt also das Recht der eigenmächtigen Vertreibung fort. Sein Besitz muß deßhalb den Besitz des früheren Inhabers auch quoad usucapionem aufheben.

Für das Recht zur Vertreibung des ersten Occupanten ist die l. 4. §. 28. de usurp. 41, 3. maßgebend:

> Item si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedisse. (Paulus.)

Wer eine vacua possessio ergreift, soll hiernach berechtigt sein, dem rückkehrenden dominus die Restitution zu verweigern, die Anwendung von Gewalt soll in diesem Falle als gerechtfertigte Vertheidigung gegen unzulässige Störung angesehen werden. Daraus folgt von selbst, daß dem Erwerber einer vacua possessio gegenüber dem früheren Besitzer der Versuch zur eigenmächtigen Vertreibung untersagt ist. Es würde ja sonst durch den Widerstand gegen einen derartigen Vertreibungsversuch der Besitz des Occupanten zu einem gewaltsamen gemacht werden. Es fragt sich nur, was unter vacua possessio zu verstehen sei? Daß damit ein Zustand der Sache bezeichnet werden kann, in dem sie von Niemand besessen wird, ist nicht zu leugnen. Ebenso häufig wird aber mit diesem Ausdruck angedeutet, daß Niemand die Besitzergreifung hindere, wobei dann wieder der Fall von besonderer Bedeutung ist und deßhalb meistens auch allein berücksichtigt wird, wenn der Occupant guten Grund hat, den früheren Besitz für aufgegeben anzusehen. Es kam nämlich nicht selten vor, daß Besitzungen sich nicht rentirten, und deßhalb vom Eigenthümer unbebaut gelassen wurden. Wie häufig ein solches deserere gewesen sei, ergiebt sich namentlich aus der Existenz eines eigenen Codextitels de omni agro deserto (XI, 58), in welchem für den Fall, daß zinspflichtige Grundstücke unbebaut liegen blieben, dem Staate also die Abgaben entgingen, Bestimmungen getroffen sind. So wird z. B. in der c. 8. l. c. demjenigen, welcher einen verlassenen Acker bebaut und die La-

sten entrichtet hat, nach zwei Jahren das Eigenthum zugesprochen, und ähnliche Vorschriften sind in der c. 11 u. 14. enthalten. Aus einem solchen deserere folgte noch nicht, daß das Eigenthum aufgegeben werden sollte. Der Eigenthümer konnte möglicher Weise auf günstigere Umstände warten, um dann die unterbrochene Cultur fortzusetzen. Hatte deßhalb Jemand das Grundstück occupirt, und es zeigte sich nachträglich, daß der Eigenthümer von seinem Rechte wieder Gebrauch machen wolle, so konnte ihm, wenn es sich nicht um abgabenpflichtige Grundstücke handelte, die Usucapion nicht entgegengehalten werden, da die Occupation keinen Usucapionstitel begründete. Dagegen verletzte es das Recht des Eigenthümers in keiner Weise, wenn während der Zeit seiner Unthätigkeit ein Anderer das Grundstück bestellt und die Früchte gezogen hatte. Im Gegentheil konnte durch die Bebauung der Nutzen des Eigenthümers wesentlich gefördert werden. Jedenfalls lag es im öffentlichen Interesse, daß nicht einzelne Gegenden der Cultur ganz entzogen wurden [29]. Die Besitzergreifung verlassener Grundstücke war deßhalb gestattet. Der Occupant mußte zwar der Vindikation, nicht aber den Besitzklagen weichen, und war, wie jeder andere nicht vitiöse Besitzer gegen Eigenmacht auch des dominus geschützt. Da aber schon der gegründete Glaube, die Cultur des Grundstückes sei von dem Besitzer aufgegeben, die mala fides auf Seiten des Occupanten ausschloß, so mußte derselbe auch schon genügen, um den früheren Besitzer an der eigenmächtigen Vertreibung zu hindern. Deßhalb gilt der Satz der l. 4. §. 28. cit. sowohl für den Fall, daß der Besitz wirklich aufgegeben ist, als auch für den andern, daß er mit gutem Grunde als aufgegeben angesehen werden kann.

Beweise dafür, daß der Ausdruck: vacua possessio auch in der zweiten Bedeutung häufig vorkomme, werden sich

---

29) Vgl. Guyet Bemerkungen aus dem röm. Oeconomierecht. Archiv für civ. Praxis. XVII. S. 58 ff.

uns, im Laufe der Abhandlung noch mehrfach darbieten. Hier genüge der Hinweis auf die bereits citirten l. 37. §. 1. und l. 38. de usurp. Es wird daselbst ausdrücklich anerkannt, daß die possessio durch Abwesenheit oder negligentia des Besitzers vacua werden könne, ohne daß man an ein absichtliches Aufgeben des Besitzes durch animus in contrarium actus denken dürfte. Demjenigen, welcher von einer solchen possessio vacua durch Occupation des Grundstückes Nutzen zieht, wird unzweifelhaft Besitz zugesprochen, und zwar kein gewaltsamer. Handelt er mala fide, d. h. im Bewußtsein, daß der frühere Besitzer keineswegs die Bebauung des Grundstückes aufgegeben habe, vielmehr die Besitzergreifung hindern würde, wenn er von ihr Kenntniß hätte, so ist er nach l. 6. pr. h. t. possessor clandestinus und kann vertrieben werden. Im entgegengesetzten Falle läßt sich nicht leugnen, daß er: aliqua ratione bonae fidei possessionem nactus est. Sein Besitz kann deßhalb nach derselben l. 6. pr. h. t. nicht als vitiös angesehen werden, und muß folglich den Besitz des früheren Inhabers auch quoad usucapionem ausschließen.

Daß dem Occupanten wegen seiner mala fides unter allen Umständen die Fähigkeit zu usucapiren abgesprochen wird, beweist das nothwendige Vorhandensein eines vitium possessionis nicht. Denn wenn auch das Grundstück als desertum angesehen werden konnte, so folgte, wie bereits erwähnt, eine auf das Eigenthum gerichtete Dereliktion daraus keineswegs. Die Usucapion blieb also noch immer wegen des Bewußtseins, eine fremde Sache zu besitzen, ausgeschlossen.

Betrachten wir nunmehr noch einmal die Argumentation der l. 6. §. 1. h. t. „Da der Occupant eines wegen einer Reise zum Jahrmarkt verlassenen Grundstückes als possessor clandestinus anzusehen ist: ergo wird durch seine Occupation der frühere Besitz nicht unterbrochen.“ Hiermit ist das aufgestellte Princip auf das unzweideutigste ausgesprochen. Denn der weitere Schluß ist nicht zu vermeiden, daß Besitz, welcher nicht als ein

heimlicher gelten kann, den Besitz des dominus ausschließt. Der Grund ist: weil nur ein possessor clandestinus mit Gewalt vertrieben werden darf.

Bei dieser Auffassung der gesetzlichen Bestimmungen, zu deren Resultat die Consequenz der richtigen Besitztheorie sicher geführt haben würde, hätte man nicht eine andere Entscheidung in positiven Gesetzen zu finden geglaubt, erklärt es sich, weßhalb fast immer die saltus aestivi hibernique als Beispiel herangezogen werden, wenn es sich um den Satz handelt, daß der Besitz an Grundstücken solo animo retinirt werde, obschon sich ein Anderer vitiöser Weise derselben bemächtigt habe. Die großen Viehweiden, die ihrer Bestimmung nach nur während gewisser Zeiten benutzt wurden, blieben regelmäßig den übrigen Theil des Jahres ohne Aufsicht. Deßhalb konnten sie aber nicht schon dann als vacuae possessiones gelten, wenn Niemand vorhanden war, um die Besitzergreifung zu hindern. Der Occupant kannte die Bestimmung dieser Ländereien, und mußte sich sagen, daß ihm der Besitzer die Occupation streitig machen würde, wenn er von ihr Kenntniß hätte. Sein Besitz wurde deßhalb regelmäßig clandestin. Mit Recht weist allerdings Ulpian in l. 1. §. 25. de vi 43, 16. darauf hin, daß dieselben Regeln auch bei anderen Grundstücken gelten müßten, welche man ohne die Absicht, den Besitz aufzugeben, verlassen habe, auch führt er in l. 6. §. 1. h. t. ein Beispiel an, wie auch bei anderen Grundstücken dasselbe faktische Verhältniß vorliegen könne. Doch zeigt die Gewohnheit, den Rechtssatz an den saltus zu entwickeln, daß hier die faktischen Voraussetzungen sich am klarsten darzustellen pflegten.

Gegen unsere Auffassung scheinen aber einige Stellen ausdrücklich zu sprechen. So scheint die l. 25. §. 2. h. t. den Verlust des Besitzes ganz allgemein zu leugnen, so lange nicht eine gewaltsame Zurückweisung oder ein bewußtes Aufgeben des Besitzes stattgefunden hat. Daß aber Pomponius nur von dem gewöhnlichen Falle, wenn der Occupant vitiöser Besitzer ist, spricht, scheint mir mit Nothwendigkeit aus der besprochenen

l. 37. §. 1. und l. 38. de usurp. hervorzugehen, welche schlagend beweisen, daß Pomponius nicht eine unter allen Umständen geltende Regel hat aufstellen wollen. Dasselbe gilt von der l. 46. h. t. Die Hinweisung auf den Satz, daß auch Obligationen in derselben Weise aufgehoben werden, wie sie entstanden sind, würde den Schluß nothwendig machen, daß ein solo animo retinirter Besitz auch nur animo verloren gehen könne. Daß dies aber keinesfalls richtig sei, da man von dem gewaltsam Zurückgewiesenen nicht sagen kann, er gebe den Besitz animo auf, ist bereits ausgeführt. Papinian selbst zieht auch im Hinblick auf einen vitiösen Occupanten nur den Schluß, daß ignoranti non debet tolli possessio. Einen Streit unter den römischen Juristen anzunehmen, der nicht einmal in den Pandekten zum Austrag gekommen sei, liegt kein Grund vor. Es ist durchaus nichts Seltenes, daß die Regel ausgesprochen wird, ohne daß die aus anderweit feststehenden Grundsätzen sich ergebenden Modifikationen sofort beigefügt werden.

VI.

Als Resultat ergeben sich danach folgende Sätze:

Der abwesende Besitzer eines ohne Wächter verlassenen Grundstücks verliert wegen seines Rechtes, den vitiösen Occupanten mit Gewalt zu vertreiben, die faktische Herrschaft über das Grundstück und somit die Grundlage für die Usucapion nicht, so lange er von der Occupation keine Kenntniß hat.

Sobald er von derselben unterrichtet wird, kann er ex continenti einen Versuch der Wiedervertreibung anstellen. Er kann aber auch bei sofortiger Klage die Occupation seines Gegners als Störung seines Besitzes ansehen, die er mit dem interdictum uti possidetis zurückweist. Wie lange eine Handlung, sei es nun Klage oder Vertreibungsversuch, als ex continenti vorgenommen gelten könne, muß im einzelnen Falle dem Ermessen des Richters überlassen bleiben. Mißlingt der Vertreibungsversuch, so wird der heimliche Besitz des Occupanten dadurch in

einen gewaltsamen verwandelt. Wird er gar nicht angestellt, so geht mit Ablauf der Frist, welche zu einer sofortigen Vertreibung gestattet war, der Besitz animo verloren. Die possessio des Occupanten bleibt dann clandestina. Die Frist für die Anstellung des interdictum uti possidetis läuft von der Kenntniß der Occupation, die Frist für das interdictum unde vi von der Zurückweisung des Entsetzungsversuches.

Ein Verlust des Besitzes solo animo ist nicht möglich, wenn der abwesende Besitzer willensunfähig geworden ist.

Der Besitz kann aber nur so lange als fortgesetzt angesehen werden, als das Grundstück noch in den Händen eines vitiösen Besitzers ist. Sobald es Jemand erwirbt, gegen den nicht Gewalt angewendet werden kann, ist der Besitz corpore verloren. Dann kommt es auf den animus des früheren Besitzers nicht an, weil das Gegentheil der faktischen Herrschaft allein schon genügt, um den Besitz zu vernichten. Heimlich ist aber auch der Besitz, welcher durch ein Geschäft mit dem ersten Occupanten im Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit erworben ist, weil auch auf ihn die Definition der clandestina possessio in l. 6. pr. h. t. paßt.

Unter allen Umständen ist der Occupant jedem Dritten gegenüber Besitzer, und mit den Interdikten zu schützen.

VII.

Bis jetzt ist nur der Fall besprochen, wenn der Besitz solo animo retinirt wurde, wenn also kein Vertreter in dem Grundstück zurückgelassen war. Es sind jetzt die Grundsätze zu erörtern, welche für den Besitzverlust aufgestellt sind, wenn der Besitz durch einen Stellvertreter, einen Sklaven, Colon [36]) u. s. w. ausgeübt wurde.

---

36) Der Kürze halber werde ich stets nur vom Colon sprechen. Was von ihm gesagt wird, gilt für alle Stellvertreter.

Wo die körperliche Herrschaft durch einen Stellvertreter vermittelt war, mußte der Besitz als verloren angesehen werden, sobald der Stellvertreter die Möglichkeit der faktischen Einwirkung in einer Weise verloren hatte, die ihm auch als Besitzer im eigenen Namen den Besitz entzogen haben würde. So heißt es denn auch in l. 1. §. 22. de vi 43, 16:

Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere; et ideo his deiectis ipse deiici de possessione videtur, etiamsi ignoret eos deiectos, per quos possidebat. (Ulpianus.)

Daß der Vertreter gegen gewaltsame Angriffe auch seinerseits Gewalt anwenden, und die entzogene Herrschaft ohne Nachtheil für die Usucapion seines Principals ex continenti wieder herstellen könne, bedurfte keiner Ausführung. Zweifelhafter wurde die Frage, wenn der Stellvertreter starb. Doch konnte hier auf die Retention des Besitzes solo animo zurückgegriffen, und das Verhältniß des dominus zur Sache bei dem Tode des Colonen so angesehen werden, als sei von vorn herein gar kein Vertreter vorhanden gewesen. Freilich hatte die faktische Verschiedenheit des Verhältnisses wesentliche Folgen. Wenn nach dem Tode des Colonen der Herr längere Zeit hindurch sich um das Grundstück nicht kümmerte, so lag der Gedanke sehr nahe, daß er zu der Bebauung in eigener Person keine Lust habe. Die possessio wurde also vacua in dem oben bezeichneten Sinne. Wer von einem solchen Zustande des Grundstückes Nutzen ziehen wollte, handelte nicht clam im Sinne des l. 6. h. t., wenn er dasselbe in Besitz nahm. Unter Umständen konnte sogar aus der Dauer der Vernachlässigung die Absicht, den Besitz definitiv aufzugeben, gefolgert werden, so daß er verloren ging, auch wenn kein Occupant das Grundstück in Besitz genommen hatte. So ist zu verstehen die l. 40. §. 1. h. t.:

Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur; quo

mortuo non statim dicendum, eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit. (Africanus.)

Verließ der Colon das Grundstück in der Absicht, den Besitz aufzugeben, so mußte nach strenger Consequenz der Verlust des Besitzes für den dominus angenommen werden, da in der That corpus in contrarium actum war. Dieser Ansicht scheint auch Pomponius gewesen zu sein, wenigstens spricht dafür wegen des fast unvermeidlichen argumentum a contrario die l. 31. h. t.:

Si colonus non deserendae possessionis causa exiisset de fundo et eo rediisset, eundem locatorem possidere placet.

Auch African würde in der bereits citirten l. 40. §. 1. h. t. diese Ansicht erwähnen, wenn die Lesart der Florentina richtig wäre. Danach soll er, an die obigen Worte anschließend, fortfahren:

Aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit; sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit.

Doch muß man mit den bei Savigny [31]) angeführten Manuscripten „idem“ statt „aliud“ lesen. Denn der Inhalt des mit „sed haec“ eingeleiteten Satzes weist darauf hin, daß eine Meinung beschränkt werden sollte, welche die Fortdauer des Besitzes annahm, ohne die Möglichkeit des Verlustes durch fehlerfreien Besitzerwerb eines Dritten zu berücksichtigen. Hätte die Regel, die mit aliud ausgesprochen sein würde, in die richtigen Grenzen zurückgewiesen werden sollen, so hätte die Beschränkung lauten müssen: si quis interim possederit [32]). Wie dem aber

---

31) l. c. §. 33 S. 437.

32) Daraus folgt aber nicht, daß man mit Savigny l. c. annehmen muß, es habe über diese Frage unter den römischen Juristen keine Meinungsverschiedenheit bestanden. Denn nicht nur spricht die strenge Consequenz für

buch sei, jedenfalls erschien es bedenklich, der treulosen Handlung des Colonen die Wirkung des Besitzverlustes für den Principal zuzuschreiben. Deßhalb fand die Meinung, wonach erst die Ergreifung der verlassenen Sache durch einen Dritten dem dominus den Besitz entziehen sollte, überwiegenden Beifall[33]). Doch entging es den römischen Juristen nicht, daß damit aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Singularität angeordnet werde. Dies ersehen wir aus l. 44. §. 2. h. t., wo Papinian die Fortdauer des Besitzes nach Dereliktion des Grundstücks durch den Colon als eine ganz besondere Eigenthümlichkeit des durch Stellvertreter ausgeübten Besitzes bezeichnet. Diese auch in anderer Beziehung interessante Stelle lautet:

> Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos, an per alios possideremus; nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus; eius vero quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam si eam alius ingressus fuisset; eamque amitti nobis quoque ignorantibus. Illa quoque possessionis amittendae separatio est, i

Der Gedankengang Papinian's ist Folgender: Während der Besitz, den wir selbst ohne Vermittelung eines Stellvertreters ausüben, aufhöre, wenn wir mit der Absicht, den Besitz aufzugeben, die Sache verlassen hätten, könne man in gewissem

---

die in den Pandekten verworfene Ansicht, weßhalb von vorn herein vermuthet werden muß, sie sei von einzelnen Juristen vertheidigt worden. Es bleibt auch immer als Zeugniß einer solchen Meinungsverschiedenheit die l. 31. h. t., zu der sich, wie wir später sehen werden, die c. 12. c. h. t. gesellt.

33) l. 31 de dolo malo 4, 3. l. 44. §. 2. h. t. l. 7. pr. pro emptore 41, 4.

Sinne von dem durch Stellvertreter fortgesetzten Besitze sagen, er gehe nicht corpore verloren, da ja das bloße Aufgeben des corpus durch den Stellvertreter den Besitz nicht aufhebe. Diese Wirkung habe erst die Besitzergreifung durch einen Dritten, die aber regelmäßig auch ohne Kenntniß des dominus diesem den Besitz entziehe. Hierin zeige sich eine weitere Eigenthümlichkeit dieses Verhältnisses. Denn wenn einmal der Besitz fortbestehe, obgleich das körperliche Verhältniß des Stellvertreters zur Sache aufgehoben sei, so erwarte man bei der Anwendung der Grundsätze über den Verlust des Besitzes an solo animo retinirten Grundstücken, daß der dominus in der Regel den Besitz nicht ohne sein Wissen verlieren könne.

Den Satz, daß der Besitz an Grundstücken, welche der Colon verlassen hat, durch die Occupation eines Dritten auch ohne Kenntniß des Principals aufgehoben werde, haben wir bereits in der l. 40. §. 1. h. t. ausgesprochen gefunden. Denn auch dort wird der Besitzverlust durch die Occupation von der Wissenschaft des dominus nicht abhängig gemacht. Wie ist diese Bestimmung zu erklären? Meines Erachtens enthält sie nur eine Bestätigung der oben ausgeführten Ansicht, daß der Besitz animo nur so lange retinirt werde, als nicht Jemand das Grundstück in Besitz genommen hat, gegen den Gewalt ausgeschlossen ist, daß dies aber stets der Fall sei, wenn der Occupant die possessio für vacua zu halten einen genügenden Grund hatte. Wenn nämlich ein Colon mit der offenbaren Absicht, den Besitz aufzugeben, das Grundstück verläßt, so braucht Niemand zu untersuchen, ob dies im Auftrage des Principals geschehe, oder ob der Colon eigenmächtig und treulos handele. Ein Jeder ist berechtigt, ein solches Grundstück zur Bebauung im eigenen Interesse in Beschlag zu nehmen, und muß, zwar nicht gegen die Vindikation des sein Recht geltend machenden Eigenthümers, wohl aber gegen eigenmächtige Vertreibungsversuche geschützt werden. Dennoch war der frühere Besitz nicht aufgehoben, die possessio nicht vacua in diesem Sinne. Soll er ja doch erst mit der

Occupation verloren gehen. Darauf kommt es aber auch nicht an; es genügt, daß der Occupant nicht clam handelte, da er einen guten Grund hatte, den Besitz für erledigt anzusehen. Kann ihm freilich ausnahmsweise doloses Verfahren nachgewiesen werden, so daß die Definition eines possessor clandestinus im l. 6. pr. h. t. auf ihn paßt, so finden auch auf ihn die für einen solchen Fall geltenden Grundsätze Anwendung. Als Regel wird jedoch bona fides anzunehmen sein, und es konnten deßhalb African und Papinian als Regel den Verlust des Besitzes für den Principal, selbst ohne seine Benachrichtigung, aussprechen. Auch findet Papinian darin mit Recht eine den Besitz durch Stellvertreter von dem solo animo retinirten Besitz unterscheidende Eigenthümlichkeit, da bei dem Letzteren regelmäßig das umgekehrte Verhältniß anzunehmen sein wird.

Wird nunmehr die Frage aufgeworfen, welche Wirkung die Tradition des Grundstückes durch den Colon habe, so kann die Antwort kaum zweifelhaft sein. Der Erwerber wird Besitzer und schließt, wenn ihm nicht dolus nachgewiesen und er als clandestinus possessor vertrieben werden kann, den Besitz des dominus ohne alle Rücksicht auf dessen Wissenschaft aus. Klar ausgesprochen ist dieser ganz nothwendige Satz in der l. 3. h. t., die ich bisher außer Betracht gelassen habe, weil Savigny aus ihr das Gegentheil der bisher ausgeführten Grundsätze herausliest, und deßhalb eine erst in dem Codex entschiedene Controverse der römischen Juristen über diese Frage annimmt. Nachdem Paulus in den §§. 7 und 8. l. c. erklärt hat, daß nicht die Occupation eines animo retinirten Grundstückes, wohl aber die Scheu, einen Vertreibungsversuch anzustellen, den Besitz aufhebe, fährt er fort:

Quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserinteve, animo retinebo possessionem.

§. 9. Et si alii tradiderint, amitto possessionem.

Nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserint, aut vi deiecti fuerint.

Ich habe die Stelle so angeführt, wie sie mir nach richtigem Verständniß lauten zu müssen scheint und wie sie durch verschiedene Ausgaben beglaubigt ist[34]. Danach würde Paulus mit der bisher vorgetragenen und durch viele Quellenaussprüche bezeugten Theorie übereinstimmen, wenn sich nicht der Schlußsatz: Nam constat etc. vorfände. Die in demselben ausgesprochene Regel widerspricht aber in dieser Allgemeinheit nicht nur den bereits angeführten Stellen, welche den Verlust für den Fall bezeugen, daß nach der eigenmächtigen Dereliktion ein Dritter den Besitz des Grundstückes ergriffen hat, sondern namentlich auch den unmittelbar vorhergehenden Worten: Et si alii tradiderint, amitto possessionem. Doch glaubte der Jurist vielleicht gerade wegen dieser unmittelbaren Anknüpfung an ein Beispiel, welches die ausnahmslose Richtigkeit des Satzes widerlegt, ohne Gefahr, mißverstanden zu werden, eine nur innerhalb bestimmter Grenzen geltende Wahrheit in Form einer generellen Regel aussprechen zu können. Der Schlußsatz ist nämlich nur dann richtig, wenn man von dem Verluste absieht, der durch den fehlerfreien Besitzerwerb Seitens eines Dritten als nothwendige Folge des Principes herbeigeführt wird, daß Mehrere nicht zu gleicher Zeit besitzen können, welches überall durchgreift, wo nicht wegen besonderer Verhältnisse neben der thatsächlichen Beherrschung der Sache durch den Einen zu gleich ein faktisches Gewaltverhältniß eines Anderen anerkannt ist. Danach würde der Satz: nam constat etc. anzuknüpfen sein an die Worte: animo retinebo possessionem, und in dieser Verbindung den guten Sinn ergeben, daß die Aufhebung des körperlichen Verhältnisses zur Sache in der Person des Colonen für sich allein nur unter besonderen Um-

---

34) Nähere Nachweise über die verschiedenen Lesarten finden sich bei Savigny l. c. §. 33. S. 439 und 40.

ständen den Verlust des Besitzes für den dominus zur Folge habe. Der Satz: et si alii etc. müßte dann als ein Einschiebsel angesehen werden, und würde die Bestimmung haben, auf den nothwendiger Weise eintretenden Besitzverlust bei fehlerfreier Ergreifung des Grundstückes durch einen Dritten hinzuweisen.

Es ist zuzugeben, daß bei dieser Interpretation die Zusammenstellung der Sätze etwas Befremdendes behält. Doch wissen wir nicht, wie weit die Hand der Compilatoren thätig gewesen ist, auch dürfte eine Erklärung, welche alle Bedenken beseitigt, kaum aufzustellen sein. Namentlich scheint mir die von Savigny befürwortete Lesart dies Resultat nicht zu erreichen. Er liest nämlich statt tradiderint — tradiderim und statt discesserint, fuerint — discesserimus, fuerimus. Danach soll die Stelle die verschiedenen Arten, wie man den Besitz eines Grundstückes verlieren könne, angeben, und als Resultat in dem Schlußsatze die Regel aussprechen, daß der Besitz nur durch freiwilliges Aufgeben oder durch gewaltsame Vertreibung aufgehoben werde. Bei dieser Lesart würde aber nicht nur dem Paulus die Vertheidigung einer in sich haltlosen und unbegreiflichen Lehre zur Last fallen, es würden auch die Compilatoren mit einer unerhörten Nachlässigkeit ganz unvermittelt direkt sich widersprechende Ansichten in den ex professo die Frage behandelnden, keineswegs besonders langen Titel aufgenommen haben. Denn alle die Stellen, welche den Erwerb einer vacua possessio zulassen, sei es nun, daß die possessio durch absichtliche Dereliktion Seitens des Colonen oder durch Nachlässigkeit des Besitzers vaçua geworden ist, sowie diejenigen, welche dem von dem Occupanten bona fide Erwerbenden Usucapions-Besitz einräumen, beweisen das Gegentheil, woraus gefolgert werden müßte, daß die vereinzelte l. 3. als irrthümlich aufgenommen nicht zu berücksichtigen sei. Dazu kommt, daß die Stelle in dem Satze: et si alii tradiderim, amitto possessionem eine dem Paulus kaum zuzumuthende Trivialität enthalten würde. Dieser Vorwurf wird dadurch nicht beseitigt, daß es ja auf eine vollständige Aufzäh-

lung der einzelnen Verlustarten angekommen sei, so daß auch die Erwähnung allbekannter Sätze nicht habe unterlassen werden dürfen. Denn einzeln aufgeführt sind die verschiedenen Verlustarten keineswegs, wie ja z. B. die gewaltsame Vertreibung nur in dem zusammenfassenden Schlußsatze erwähnt wird. Es würde deßhalb genügt haben, das tradere als einen Fall des voluntate decedere zu betrachten, und hätte es einer besonderen Hervorhebung nicht bedurft. Die Schwierigkeiten aber, welche in einzelnen Fällen bei der Frage: ob durch die Tradition der Besitz des Tradenten untergehe, entstehen, waren durch eine so allgemeine Redensart nicht abzufertigen, und würden obenein, wie die l. 34. h. t. und die dem pignori und precario dans Besitz zuschreibenden Stellen darthun, in falscher Weise erledigt sein. Erwägt man schließlich noch, daß die Wendung: nostra voluntate discesserimus jedenfalls etwas sonderbar sein würde, während die Worte nostra voluntate in Verbindung mit discesserint ganz gerechtfertigt sind, so wird man kaum umhin können, die Bedenken, welche sich gegen Savigny's Ansicht erheben, für bedenklicher zu erklären als diejenigen, welche der oben vertretenen Interpretation entgegenstehen.

Danach ergiebt sich als Resultat, daß nur betreffs der Frage, ob das dolose Verlassen des Grundstückes durch den Colon allein schon genüge, dem dominus den Besitz zu entziehen, eine Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen in den Pandekten angedeutet ist, daß im Uebrigen aber von Niemand bezweifelt wurde, daß der bona fide den Besitz des Grundstückes erwerbende Dritte den Besitz des dominus auch ohne dessen Wissen aufhebe.

VIII.

Aber vielleicht wird die herrschende Meinung durch kaiserliche Constitutionen gerechtfertigt? Auch hierauf ist meines Erachtens entschieden mit nein zu antworten. Allerdings ist die Tendenz mehrerer Constitutionen dahin gerichtet, die Eigenthümer entfernter Besitzungen gegen die aus einem solchen Verhältniß sich

ergebenden Nachtheile, und besonders auch gegen die Nachlässigkeit und Treulosigkeit ihrer Stellvertreter zu schützen. Doch sind bei Verfolgung dieses Zweckes die Grenzen nicht überschritten, welche durch die Natur des Besitzes als thatsächlichen Verhältnisses von selbst gegeben waren, namentlich findet sich nirgends eine Spur des Satzes, daß derjenige, welcher mit dem Willen, das Grundstück für sich zu besitzen, die faktische Herrschaft über dasselbe erlangt hat, ohne Wissen des früheren Inhabers nicht als Besitzer angesehen werden könne.

Betrachten wir zunächst wieder den Fall, daß der Besitz solo animo retinirt wurde.

Nach Pandektenrecht sollte aus der Dauer der Vernachlässigung eines Grundstückes das Aufgeben des Besitzes gefolgert werden.[35] Dieser Satz konnte unter Umständen zu einer Härte gegen den Besitzer führen, da dieser möglicher Weise ohne seine Schuld von der Bestellung abgehalten war, in welchem Falle sich eine Unterbrechung seiner Usucapion nicht rechtfertigte. Deßhalb bestimmten die Kaiser Diocletian und Maximian in der c. 4. h. t.

> Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. Si ergo praediorum desertam possessionem non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti, praejudicium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest.

Der Ablauf einer längeren Zeit allein soll dem Besitzer nicht präjudicirlich sein, wenn ein besonderer Grund vorlag, die Bestellung des Grundstückes zu unterlassen. Was für Folgen die Occupation eines solchen vernachlässigten Grundstückes durch einen Dritten habe, bleibt unerörtet.

Die c. 6 und 7 eod. bezeugen nur, daß die Occupation eines Grundstückes ohne Einwilligung des Eigenthümers diesem gegenüber dem Erwerber kein Recht gewähre. Dagegen bezeichnet

---

35) l. 40. §. 1. h. t.

die c. 7 cit. ausdrücklich den Occupanten als possessor, ohne etwa den Besitz von der Kenntniß des dominus abhängig zu machen.

Besonders beweisend für die Richtigkeit der früheren Ausführungen über die Occupation einer possessio vacua ist die c. 5. unde vi 8, 4:

> Invasor locorum poena teneatur legitima, si tamen vi loca eundem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut injuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine poena possessio restitui debet. (Constantinus).

Es wird auch hier zwischen einem vitiösen Besitzer und einem solchen, der per errorem aut iniuriam domini ein Grundstück in Besitz genommen hat, unterschieden, und die Berechtigung einer solchen nicht vitiösen Besitzergreifung insoweit anerkannt, als die Nachtheile, welche den violentus possessor treffen, bei ihr wegfallen sollen. An der Existenz des Besitzes wird nicht im Entferntesten gezweifelt. Daß übrigens die Restitution nicht durch ein possessorisches Rechtsmittel bewirkt werden konnte, ersehen wir aus der sehr lehrreichen c. 11. unde vi 8, 4:

> Cum quaerebatur inter Illyricianam advocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec unde vi interdictum, nec vi aut clam vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes, nos, non concedentes, aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem usurpare, sancimus, talem possessorem uti praedonem intellegi, et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus

declarata sunt legibus. Ridiculum enim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. Omnes enim scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, cum talis dispositio in furti actione iam dudum veteribus legibus definita est, dicentibus: si quis alienam rem, adversus domini voluntatem attigerit, furti actione tenetur. His videlicet, quae super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserunt curricula (Justinianus 532).

Es wird darin ausdrücklich anerkannt, daß demjenigen, dessen Besitz als vacua von einem Anderen occupirt sei, nach dem Rechte bis zu Justinian kein possessorisches Rechtsmittel zur Seite gestanden habe. Offenbar ist eine possessio vacua in dem vielfach besprochenen Sinne gemeint. Denn wenn es sich um dolose Besitzergreifung eines solo animo retinirten Grundstückes handelte, so hätte nicht übersehen werden können, daß der frühere Besitzer befugt war, bei seiner Rückkehr den Occupanten mit Gewalt zu vertreiben und im Falle des Unterliegens das interdictum unde vi anzustellen. Auch hätte ihm dem clandestinus possessor gegenüber das interdictum uti possidetis zugestanden werden müssen. Dagegen an einen ganz aufgegebenen Besitz zu denken, liegt kein Grund vor, vielmehr weisen die Ausdrücke: ad recipiendam possessionem, ablatam possessionem, alienas possessiones usurpare, pro restituenda possessione, sowie der Vergleich mit dem furtum mit großer Entschiedenheit auf die Entziehung des Besitzes durch Occupation hin. Daraus folgt, daß jede Besitzergreifung, die nicht als clandestina angesehen werden konnte, weil der Occupant die possessio für vacua hielt, den früheren Besitz sofort aufhob.

Dagegen ist Savigny's Ansicht mit der c. 11. c. schlechterdings nicht zu vereinigen. Denn da nach ihm der Besitz nicht

ohne Kenntniß des Besitzers verloren ging, so stand diesem, wenn er von der Occupation Kenntniß erhielt, entweder das interdictum uti possidetis zu Gebote, oder er konnte einen Versuch zur eigenmächtigen Vertreibung anstellen, und sich dadurch schlimmsten Falls die Rechte eines gewaltsam Dejicirten sichern.

Was das von Justinian eingeführte Rechtsmittel anbelangt, so denkt der Kaiser nicht daran, den Besitz auf Seiten des Occupanten zu leugnen. Aber von der Annahme ausgehend, daß das eigenmächtige Ergreifen eines fremden Grundstückes unter keinen Umständen zu rechtfertigen sei, behandelt er den Occupanten als praedo, und gestattet gegen ihn die Anstellung des interdictum unde vi. Damit wurde die Berechtigung, verlassene und unbebaut daliegende Grundstücke auf eigene Hand ohne Zuziehung des Richters in Besitz zu nehmen, aufgehoben. Doch ging Justinian nicht so weit, die eigenmächtige Vertreibung des Occupanten in einem solchen Falle zu erlauben. Der Umstand, daß eine possessio als vacua erscheint, ist also auch noch im neuesten Recht in sofern von Bedeutung, als die Aneignung derselben durch einen Dritten den früheren Besitz jedenfalls aufhebt, auch ein possessorisches Rechtsmittel gegen den weiteren Erwerber ausgeschlossen ist, selbst wenn derselbe von dem thatsächlichen Verhältniß Kenntniß gehabt hat [36]).

Die älteste Constitution, welche für die Frage nach dem Verlust des Besitzes, der durch Stellvertreter ausgeübt wird, Bedeutung hat, ist die oben besprochene c. 5. h. t. Daß in dieser Stelle der Vindikation des Eigenthümers gegenüber der Einwand der Ersitzung verworfen wird, ist bereits ausgeführt.

Es fragt sich nur, welcher Grund die Kaiser zu dieser Entscheidung bestimmt hat, und wie namentlich der einleitende Satz: „cum nemo causam sibi possessionis mutare possit“ zu verstehen sei? Meines Erachtens sind zwei Interpretationen möglich. Man kann annehmen, eine nicht auf uns gekommene Constitution

---

36) Vergl. l. 7. de vi 43, 16. l. 3. §. 10. uti poss. 43, 17.

habe die durch einen Colonen unrechtmäßiger Weise veräußerten Güter der Usucapion überhaupt entzogen. Dann würde der Eingang der c. 5. einen Einwand zurückweisen, der gegen die Anwendbarkeit jener Vorschrift im vorliegenden Falle daraus hergenommen war, daß der Colon zur Zeit der Veräußerung bereits aufgehört habe, Colon zu sein, weil er schon früher im eigenen Namen besitzen zu wollen erklärt hatte. Die Kaiser würden dann rescribiren, daß eine solche Willensänderung dem davon nicht unterrichteten dominus nicht schaden solle, daß ihm gegenüber der Colon, wenn nicht eine äußerlich erkennbare Besitzentsetzung stattgefunden, fortfahre als Colon zu gelten, und deßhalb auch nur als Colon, d. h. mit der Wirkung, daß die Sache nicht usucapirt werden könne, veräußere. Wenn aber auch die Möglichkeit einer derartigen Sicherung des Eigenthümers anzuerkennen ist, so wäre doch die Bestimmung so singulär, daß die nur beiläufige Erwähnung derselben Wunder nehmen müßte. Deßhalb dürfte folgende Erklärung den Vorzug verdienen:

Den Kaisern lag ein Fall zur Entscheidung vor, in welchem der Käufer zwar einräumte, von der Eigenschaft seines Contrahenten als Colon in früheren Zeiten Kenntniß gehabt zu haben, sich aber darauf berief, daß er den Eigenthumserwerb Seitens desselben vorausgesetzt, und deßhalb bona fide gekauft habe. Diesen Einwand gegen die mala fides beseitigen die Kaiser mit dem Satze: cum nemo etc. Ohne besondere Veranlassung von außen kann der Colon nicht zu einem Usucapionsbesitz oder gar zum Erwerb des Eigenthums gelangen. Deßhalb genügt eine allgemeine Behauptung, man habe den früheren Colon zur Zeit des Kaufgeschäfts für den Eigenthümer gehalten, keineswegs, um die mala fides auszuschließen. Dazu hätte eine Thatsache angegeben werden müssen, welche geeignet war, dem Colonen das Eigenthum zu verschaffen.

Diese Interpretation hat jedenfalls den Vorzug, daß sie die c. 5. mit dem anderweit constatirten Rechte in Uebereinstimmung bringt. Daß sie zu der Construktion des entschiedenen Rechts-

falles Zuflucht nimmt, wird man kaum als Willkür bezeichnen können, da ja die Decisionen der Kaiser, welche uns in Form von Codexconstitutionen überliefert sind, stets ihre Erklärung aus der Veranlassung ihrer Ertheilung erhalten müssen.

Eine wichtige Aenderung des bestehenden Rechts enthielt die c. 1. si per vim 8, 5. Sie befähigte die Stellvertreter auch ohne besondere Vollmacht und ohne Rücksicht auf ihre sonstige Fähigkeit, Prozesse zu führen, die gewaltsam die Sache eines Abwesenden Ergreifenden mit den possessorischen Interdikten, und zwar ohne an die Frist eines Jahres gebunden zu sein, anzugehen. Haben die Vertreter aus Nachlässigkeit oder sonst einem Grunde die Anstellung der Klage unterlassen, so soll der zurückkehrende dominus auch nach Ablauf der für das interdictum unde vi regelmäßig gestatteten Frist noch selbst klagen können: quia fieri potest, ut restitutio propter servos infideles, vel negligentes propinquos, vel parentes, vel proximos, vel colonos, vel liberos interea differatur.

Endlich ist noch die c. 12. h. t. zu erörtern:

> Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes, difinimus, ut, sive servus, sive procurator vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii, eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. — Hoc etenim tantum sancimus, ut dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat ab his, quos transmiserit, non ut etiam lucrum sibi per eos aliquod acquirat, cum et antiqua regula iuris, quae definivit, deteriorem conditionem per servum domino nullo modo fieri, tunc locum ha-

beat, cum dominus de damno periclitetur, non cum sibi lucrum per servum acquiri desiderat.

Justinian entscheidet darin die Frage, die wir als controvers unter den römischen Juristen bereits kennen gelernt haben, ob nämlich der Besitz des dominus bereits dann aufhöre, wenn der Colon die Sache mit der Absicht, den Besitz aufzugeben, verlassen habe. Wer dies bejahte, mußte natürlich auch durch Tradition an einen mala fide Empfangenden den Besitz verloren gehen lassen, da ja in dem Tradiren jedenfalls ein Aufgeben der Gewahrsam animo deserendae possessionis lag. Justinian billigt die auch in den Pandekten recipirte Ansicht, daß die Untreue des Stellvertreters allein diese Wirkung nicht haben solle, möge sie nun in einem de relinquere oder prodere alii bestehen. Die possessio werde trotzdem animo retinirt. Damit ist aber auch der Sinn der Justinian'schen Bestimmung erschöpft. Daß der Besitz durch fehlerfreien Erwerb eines Dritten aufgehoben werde, ist nicht ausgeschlossen. Diese Folge ist von der Untreue des Stellvertreters ganz unabhängig und eine nothwendige Consequenz des Satzes, daß der fehlerfreie Besitz des Einen den Besitz eines jeden Andern unmöglich mache. Wenn also der Colon das Grundstück tradirt, so kommt es wesentlich auf den Glauben des Empfängers an. Weiß dieser, daß er es mit einem Colon zu thun habe, der zur Veräußerung nicht berechtigt ist, so handelt er clam. Sein Besitz unterbricht also ebensowenig wie das dolose Aufgeben der körperlichen Herrschaft Seitens seines Contrahenten den Usucapions-Besitz des dominus. Denn diesem steht die Dejektion frei, sobald er von dem Geschäft Kenntniß erhält, und es wird deßhalb sein Besitz erst aufgehoben, wenn er bei dem Dejektionsversuch unterliegt, oder einen solchen anzustellen versäumt. An diesen Fall mag der Kaiser ausschließlich gedacht haben, da das prodere auf ein Einverständniß des Colonen und des Empfängers hinzudeuten scheint. Handelt dagegen Letzterer bona fide, so wird der Besitz des dominus zwar nicht durch die Untreue seines Stellvertreters, wohl aber dadurch, daß ein An-

derer in einer gegen Gewalt gesicherten Weise die Sache sich unterworfen hat, ausgeschlossen. Hätte Justinian dies Resultat nicht anerkannt, so würde er allen durch Stellvertreter Besitzenden ein unbegreifliches Privileg zum Nachtheil gleich berechtigter Persönlichkeiten eingeräumt haben.

Savigny, welcher annimmt, daß nach c. 12. der Stellvertreter unter keinen Umständen den Besitz auf einen Anderen übertragen könne, beruft sich[37]) darauf, daß nur über diese Frage ein sonst unerledigter Streit unter den römischen Juristen bestanden habe. Diese Thatsache ist bereits früher in Abrede gestellt. Sollte sich dabei gezeigt haben, daß die römischen Juristen in Wahrheit nur darüber zweifelhaft gewesen seien, ob nicht schon das einfache Verlassen des Grundstückes durch den Colon ohne Rücksicht auf eine darauf folgende Occupation den Besitz des dominus aufhebe, so würde das Argument Savigny's die von uns vertheidigte Erklärung der c. 12. unterstützen.

Die Aenderungen des Pandektenrechts durch den Codex beschränken sich also darauf, daß Justinian, die Occupation von possessiones vacuae ohne Mitwirkung der Gerichte untersagend, den Occupanten als praedo den gegen einen solchen begründeten Klagen unterworfen hat, und daß bei Dejektion der Stellvertreter sowohl diesen als auch dem rückkehrenden dominus selbst nach Ablauf der einjährigen Frist die Anstellung des interdictum unde vi gestattet ist.

IX.

Wenn wir zum Schluß dieses Abschnittes den practischen Werth der gewonnenen Resultate betrachten, so ergiebt sich, daß die Sätze über den Besitzverlust solo animo retinirter Grundstücke für die heutigen Verhältnisse minder wichtig sind, als sie es für die Römer waren. Daß sich Jemand dauernd von seinem unbeweglichen Eigenthum entferne, ohne Jemanden zur Aufsicht

37) l. c. §. 33. S. 442.

zurückzulassen, wird kaum vorkommen. Namentlich sind bei unseren Wirthschaftsverhältnissen saltus aestivi hibernique oder fundi deserti schwer denkbar. Wo sich aber solche Zustände dennoch finden sollten, da würde auch das reine römische Recht zur Anwendung kommen können. Selbst die gewaltsame Vertreibung eines eigenmächtigen Occupanten wird dem rückkehrenden Besitzer kaum zu untersagen sein, wenn er auch besser thun dürfte, sofort zu dem interdictum uti possidetis seine Zuflucht zu nehmen. Namentlich in Fällen, in denen der dolus des zeitigen Inhabers des Grundstückes zweifelhaft sein könnte, ist die Wahl des interdictum sicherer, wenn sie nur ex continenti getroffen wird, so daß nicht ein Aufgeben des Besitzes animo anzunehmen ist.

Practischer sind die Sätze, welche sich auf den Verlust des Besitzes durch Stellvertreter beziehen, da hier die eigenthümlichen Wirthschaftsverhältnisse der Römer von geringerem Einfluß gewesen sind. So ist namentlich festzuhalten, daß jeder Occupant des Grundstückes Besitzer wird, daß aber nur ein nicht clandestiner Besitz vor eigenmächtiger Vertreibung durch den dominus schützt, und deßhalb auch nur ein solcher die Usucapion desselben unterbricht.

X.

Wir kommen nunmehr zu den Fällen, in denen ein Stellvertreter trotz seines mit körperlicher Herrschaft verbundenen Willens in der Erwerbung von Besitz beschränkt sein soll, und zwar zunächst zu der Frage, wie weit der Wille des Tradenten den entgegengesetzten Willen des Stellvertreters zu überwinden und diesem den Besitzerwerb für sich selbst zu vereiteln im Stande sei? [38]

---

[38] Ihering, Jahrb. für Dogmatik des heut. röm u. deutschen Privatrechts I. S. 334, geht so weit, auch bei dem Erwerb einer Sache ohne Tradition, z. B. bei Erlegung eines Wildes auf der Jagd, selbst den erklärten

Die körperliche Herrschaft über eine Sache braucht nicht nothwendiger Weise von dem Besitzer in eigener Person ausgeübt zu werden. Die Sache ist nicht weniger seiner Herrschaft unterworfen, wenn ein Anderer in seinem Namen und mit seinem Willen sich in ein Verhältniß zu derselben gesetzt hat, welches einen willkürlichen Einfluß gestattet. Es ist dann immer seine Persönlichkeit, welche sich in der Aneignung eines Vermögensobjektes bethätigt; der Stellvertreter ist nur das Werkzeug: operam dumtaxat suam accomodat (l. 1. §. 20. h. t.). Dabei ist aber wesentliche Voraussetzung, daß die Mittelsperson auch wirklich Stellvertreter sei, wirklich ihre Kräfte im Interesse des Principals verwenden wolle. Denn ohne dies kann von einer factischen Herrschaft über die Sache nicht die Rede sein, wenn auch der Stellvertreter durch eine andere Richtung seines Willens eine Pflicht verletzt und sich verantwortlich gemacht haben sollte.

Dieser in der Natur der Sache begründete Satz findet sich auch in den Gesetzen klar ausgesprochen. So bestimmt die l. 1. §. 20. h. t.:

> Per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent nobis, non possumus acquirere[39]) (Paulus).

Ja selbst von den Sklaven, die doch in eigener Person zu besitzen nicht im Stande sind, vielmehr die Sache, die sie für sich ergreifen, kraft positiver Bestimmung in den Besitz ihres Herrn bringen[40]), heißt es in l. 1. §. 19. h. t:

Willen des Occupanten für gleichgültig zu erachten, wenn das Verhältniß, in welchem dieser zu einem Anderen steht, auf eine Stellvertretung hinweist, wie das Verhältniß des Jägers zu seinem Herrn.

39) Diese Lesart ist offenbar besser als: nobis non possunt acquirere. Vergl. Savigny S. 353.

40) §. 39. per quas pers. II, J. l. 10. §. 1. u. 2. de acquir. r. d. 41, 1.

Haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint acquirere nobis possessionem. Nam si iubeas servum tuum possidere, et is eo nomine intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio acquirere, non est tibi acquisita possessio (Paulus). Vgl. l. 1. §. 7 eod. l. 37. §. 6. de acquir. r. d. 41. 1.

obgleich dadurch die Sache, die sie für den Dritten nicht erwerben können[41]), möglicher Weise in einen Zustand kommt, in dem sie von Niemand besessen wird.

Daß der Wille des Tradenten von so wesentlichem Einfluß sein sollte, daß er den Willen des Empfängers ergänzen könne, erscheint von vorn herein wenig glaublich. Vermag schon der bloße Wille des früheren Besitzers nicht, einem Anderen die faktische Herrschaft über eine Sache zu verschaffen, die keines Dritten Macht unterworfen ist, so scheint er noch viel unfähiger zu sein, den Einfluß des Stellvertreters zu vernichten, der für sich oder einen Dritten den Besitz erwerben will. So lange dieser die Sache in seiner Gewalt hat und entschlossen ist, demjenigen jede Einwirkung auf dieselbe zu versagen, für den sie bestimmt war, so lange scheint dies factische Verhältniß die thatsächliche Herrschaft des Principals über die Sache auszuschließen, und somit die Voraussetzung des Besitzerwerbes für diesen zu fehlen.

Es würde wohl auch kaum Jemand auf die Lehre von der besitzerzeugenden Gewalt des Willens des Tradenten verfallen sein, wenn dieselbe nicht in einer Pandektenstelle klar ausgesprochen zu sein schiene. Es ist dies die l. 13. de donat. 39, 5:

Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit, servus vel sic accepit, quasi socio acquisiturus, vel sic, quasi mihi et socio; quaerebatur quid agere? Et placet, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo vel mihi et socio acquirat, mihi tamen acquiri. Nam et si procura-

41) Gajus II. §. 95. § 5. J. per quas pers. II., 9.

tori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit (Ulpianus).

Der Schlüssel zu dieser Stelle liegt aber meines Erachtens in dem Wesen der reservationes mentales. Der Wille des Menschen hat keine rechtliche Bedeutung, so lange er nicht erkennbar in die Erscheinung getreten ist. Denn um Bedeutung haben zu können, muß er beweisbar sein. Beweisbar wird er aber erst durch seine Aeußerung. Dieser Satz bedarf keiner näheren Begründung und es kann deßhalb sofort zu seiner Anwendung auf den vorliegenden Fall geschritten werden.

Wenn eine Sache von Jemand in Besitz genommen wird, der durch einen Auftrag oder durch sein rechtliches Verhältniß zu einem Anderen befähigt ist, diesen zu vertreten, so wird aus den Umständen, unter welchen die Besitzergreifung stattgefunden hat, zu folgern sein, wer dadurch zum Besitzer habe gemacht werden sollen. Wird die Besitznahme durch eine Tradition vermittelt, so sind die dabei abgegebenen Erklärungen das sicherste Mittel zur Feststellung des in der Ergreifung der Sache bethätigten Willens. Aeußert sich der Erwerber in einem bestimmten Sinne: daß er für seinen Auftraggeber, daß er für sich oder daß er für einen beliebigen Anderen Besitz ergreifen wolle, so kann über seine Absicht kein Zweifel obwalten. Wird ihm dann die Sache überantwortet, so wird, das Moment des animus vorausgesetzt, derjenige Besitzer der Sache, dem durch die Ergreifung derselben die factische Herrschaft erworben ist, sei dies nun der Empfänger selbst oder ein Anderer, dem dieser operam suam accomodat. Wie aber, wenn nur der Tradent sich erklärt, der Empfänger stillschweigt? Muß dann nicht Uebereinstimmung der beiden Contrahenten angenommen werden? Jedenfalls wird der Tradent, der die Sache einer bestimmten Person zugedacht hat und dieselbe mit der ausdrücklichen Erklärung seiner Absicht einem legitimirten Empfänger aushändigt, durch die stillschweigende Annahme in die Ueberzeugung versetzt, der Empfänger wolle als Stellvertreter

seines Principals handeln. Würde er doch in den meisten Fällen die Sache zurückhalten, wenn ihm eine andere Absicht seines Contrahenten bekannt gemacht wäre. In die Erscheinung tritt also auch auf Seiten des schweigenden Annehmers nur der Wille, den Besitz für den Vertretenen zu erwerben. Auf seine Existenz muß aus den Umständen mit Nothwendigkeit geschlossen werden, und es schadet nichts, wenn sich auch feststellen ließe, daß unmittelbar vor und unmittelbar nach der Tradition der Empfänger die Absicht gehabt habe, für sich oder einen Dritten den Besitz zu erwerben.

Auf etwaige Mentalreservationen während des Actes, der ihn als im Auftrage eines Anderen handelnd erscheinen ließ, wird keine Rücksicht genommen. Der Besitz ist deßhalb dem Principal erworben und kann ihm nur durch nachträgliche Entsetzung wieder entzogen werden.

Nur der Satz, daß aus dem Stillschweigen des Empfängers einer bestimmten Erklärung des Tradenten gegenüber auf die Uebereinstimmung beider geschlossen werden muß, ist in der l. 13. cit. ausgesprochen. Daß die Fassung der Worte, welche dem Stellvertreter in dem entschiedenen Falle den Willen, für sich zu erwerben, zuschreiben, die Annahme einer nur innerlichen, nicht erkennbar geäußerten Absicht zulasse, wird kaum bestritten werden können. Ist diese Erklärung aber nur möglich, so muß sie festgehalten werden, da sie das Recht von dem Vorwurfe einer unbegreiflichen Anomalie befreit, deren Existenz schon deßhalb nur im Nothfall anzunehmen ist, weil die Bestimmung der l. 13. mit keiner Andeutung als eine exceptionelle bezeichnet wird. Dazu kommt, daß die Interpretation der l. 13. in dem angegebenen Sinne den Weg weist, wie der Widerspruch mit der l. 37. §. 6. de acquir. r. d. 41, 1, der sonst nicht wegzuleugnen sein dürfte, befriedigend zu beseitigen sei. Die l. 37. §. 6. lautet:

Si, cum mihi donare velles, iusserim te servo communi meo et Titii tradere, isque hac mente acceperit, ut rem Titii faceret, nihil agetur. Nam et si

procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Quod si servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur (Julianus).

Diesen Ausspruch Julian's so zu verstehen, wie er seit der Glosse gewöhnlich verstanden wird, nämlich zu nihil agetur die Worte hinzuzudenken: in sua persona, und dann den angeblichen Satz der l. 13. de don. darin zu finden, daß der Wille des Stellvertreters dem Willen des Tradenten gegenüber bei der Frage nach dem Besitzerwerb machtlos sei, hindert uns sowohl die Stellung der l. 37. §. 6. cit. in dem Titel de acquirendo rerum dominio, als auch der Inhalt des Gesetzes. Offenbar handelt es sich darin nur um die Frage, ob und wie durch einen Sklaven oder Procurator das Eigenthum erworben werde. Nur das interessirt, ob die dem treulosen Stellvertreter übergebene Sache mea fit, oder ob dieser seinen Zweck, ut suam faceret, erreicht. In dieser Beziehung heißt es: nihil agetur. Rechtlich bleiben die Verhältnisse unverändert. Das Eigenthum bleibt bei dem Schenker, da es weder der zu Beschenkende noch der Stellvertreter erwerben kann. Jener nicht, weil er nicht Besitzer wird, dieser nicht, weil es ihm nicht zugedacht war. Ob der Empfänger, der die Sache für sich erwerben will, auch nicht Besitzer werde, bleibt als thatsächliche, nicht rechtliche Frage unerörtert. Damit scheint aber der Widerspruch mit l. 13. de don. nicht gelöst zu sein. Steht doch fest, daß der Principal nicht soll Besitzer werden, da er ja sonst auch das Eigenthum erwerben müßte. Dies rechtfertigt sich aber dadurch, daß Julian in der l. 37. §. 6. ein anderes factisches Verhältniß voraussetzt, als Ulpian in l. 13. Es handelt sich nicht sowohl um einen Rechtssatz als um die Interpretation einer Thatsache.

Daß der Wille des Stellvertreters, für den Vertretenen zu erwerben, nothwendig sei, um diesen zum Besitzer zu machen,

steht beiden Juristen der Natur der Sache nach fest. Nur glaubt der Eine aus dem Stillschweigen einer ausdrücklichen Erklärung des Tradenten gegenüber das Vorhandensein des auf die Stellvertretung gerichteten Willens folgern zu müssen, während der Andere einen Fall bespricht, in dem sich ein derartiger Schluß nicht rechtfertigen ließ, vielleicht, weil die Absicht des Tradenten in einer ausdrücklichen Erklärung nicht hervorgetreten war.

Daß die Fassung der beiden Stellen nicht mit Nothwendigkeit auf die Voraussetzung verschiedener thatsächlicher Unterlagen hindeutet, ist zuzugeben, beweist aber nicht, daß es unstatthaft sei, dieselben auf die angegebene Weise unter einander und mit den aus dem Wesen des Besitzes von selbst sich ergebenden Sätzen in Uebereinstimmung zu bringen. Jedenfalls muß als practisches Resultat festgehalten werden, daß der Vertretene nicht ohne oder gar wider den Willen des Stellvertreters Besitz und dadurch Eigenthum erwerben könne. Dazu zwingt uns nicht nur die Consequenz der Besitztheorie, sondern auch die ganz bestimmt gefaßte, die Frage ex professo behandelnde l. 37. §. 6. Ob dieser Wille vorhanden sei, ist quaestio facti, die nach dem Wesen des Willens als einer Geistesthätigkeit durch Schlußfolgerungen aus äußeren Umständen entschieden werden muß. So kann es geschehen, daß ein der wahren Absicht nicht entsprechender Wille als vorhanden angenommen wird, weil die äußeren Umstände mit Nothwendigkeit auf seine Existenz schließen lassen.

Daß der Stellvertreter, sofern er nicht als im Interesse seines Principals handelnd erscheint, für sich selbst Besitz erwerben kann, ohne durch die Absicht des Tradenten behindert zu sein, wird hiernach zugegeben werden müssen.

Die von mir vertheidigte Erklärung der l. 13. de don. ist nicht neu. Bereits Donellus[42]) vereinigt diese Stelle mit der l. 37. §. 6. de a. r. d. durch die Unterscheidung einer voluntas aperta und einer voluntas obscura in der Person des

---

[42]) Commentar. lib. V. c. 10. §. 6.

Stellvertreters. Doch hat die richtige Meinung erst in Bremer[43]) einen gründlichen Vertheidiger gefunden. Seitdem ist ihr auch Brinz[44]) und v. Scheurl[45]), dessen frühere Erklärung[46]) mindestens dunkel war, beigetreten.

Zu erwähnen bleibt noch, daß die l. 43. §. 1. de furtis 47, 2. für unsere Frage ganz ohne Bedeutung ist. Sie handelt von einem falsus procurator, der schon deßhalb den Besitz für seinen angeblichen Auftraggeber nicht erwerben kann, weil es diesem an dem erforderlichen Willen, durch Vermittelung eines Anderen Besitzer zu werden, fehlt. Daraus ergiebt sich von selbst, daß das in der Annahme der Geldstücke enthaltene furtum gegen den getäuschten Zahler gerichtet sein muß.

XI.

Fällt also auch diese angebliche Ausnahme fort, indem sich die scheinbar exceptionelle Bestimmung der l. 13. de don. auf allgemein gültige Regeln zurückführen läßt, so erscheint es gerechtfertigt, wenn wir an die Behauptung, daß der Detentor einer fremden Sache in eigenthümlicher Weise bei der Erwerbung des Besitzes beschränkt sei, mit einigem Mißtrauen herangehen. Es soll nämlich der stellvertretende Inhaber einer beweglichen Sache den Besitz nur durch körperliche Ergreifung zum Zwecke des Diebstahls erwerben können, der Detentor einer Immobilie aber bis zur Benachrichtigung des Principals von dem Besitzerwerb ganz ausgeschlossen sein. Betrachten wir zunächst den Besitzerwerb an einer detinirten beweglichen Sache.

Aus dem Wesen des Besitzes ergiebt sich bei einer aprioristischen Betrachtung, daß der Detentor, der bereits zur Sache sich in einem Verhältniß befindet, welches ihn befähigt, jeden fremden

---

43) Zeitschrift für Civilrecht u. Proz. N. F. 11. S. 249.

44) Pand. I. S. 69.

45) Jahrbücher für Dogmatik II. S. 26.

46) Beiträge zur Bearbeitung des Röm. Rechts. I. S. 211.

Einfluß fern zu halten, den Besitz in dem Augenblicke erwirbt, in dem er beschließt, die rechtliche Beziehung zu seinem Principal nicht zu respectiren, und im eigenen Namen und eigenen Interesse über die Sache zu verfügen. In demselben Moment muß der Besitz des Principals aufgehoben werden, da rücksichtlich der Mobilien nicht wie für die Immobilien die Fortdauer des Besitzes bis zur Benachrichtigung von der stattgehabten Occupation durch einen Dritten anerkannt ist. Daß die Willensänderung, um rechtliche Bedeutung haben zu können, erkennbar geworden sein muß, und erst von dem Moment der Erkennbarkeit ab wirksam sein kann, ist nichts Singuläres. Es folgt dies vielmehr mit Nothwendigkeit aus dem bereits angeführten Satze, daß nur das Erweisbare geltend gemacht werden kann. Gegen dieses Resultat ist auch eine Berufung auf den Satz: nemo sibi causam possessionis mutare potest nicht zulässig. Es soll hier nicht weiter erörtert werden, ob diese Regel nicht lediglich auf die Fälle zu beschränken sei, in denen an und für sich durch Besitzergreifung allein ein zur Usucapion geeigneter Titel erworben werden kann, wie bei der usucapio pro herede und der usureceptio[47]). Es genügt, daß alle diejenigen, welche eine Entsetzung durch den Detentor überhaupt für möglich halten — und daß Jemand diese Möglichkeit leugne, ist mir unbekannt — jene Regel thatsächlich für unanwendbar erklären. Denn mag man immerhin zum Besitzerwerb noch eine körperliche Ergreifung der Sache für nothwendig halten, jedenfalls ist doch der geänderte Wille die alleinige causa des neuen Besitzes.

So lange also nicht das Gegentheil aus den Gesetzen klar erwiesen ist, würden wir berechtigt sein, die der Theorie des Besitzes entnommenen Sätze als geltendes Recht anzusehen. Doch sind wir nicht genöthigt, uns auf die Vertheidigung zu beschränken.

---

47) Auch Savigny §. 7, S. 75 ff. nimmt dies an, beruft sich aber dennoch bei der Begründung seiner Ansicht über den Besitzerwerb des Stellvertreters auf jene Regeln. §. 33. S. 431.

klare Gesetzesaussprüche bestätigen das gewonnene Resultat. So heißt es in l. 47. h. t.:

Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est; cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit; idque Nerva filius libris de usucapionibus retulit. Idem scribit, aliam causam esse hominis commodati omissa custodia; nam possessionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eum possidere coeperit; videlicet ideo, quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare, cuius corpore ceteras quoque res possumus possidere. Igitur earum quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio, homines autem retinentur, si revertendi animum haberent. (Papinianus).

Es wird also ausdrücklich erklärt, daß der Besitz des Principals aufgehoben sei, sobald der Detentor die Sache für sich zu besitzen beschlossen habe. Daß dieser Entschluß entweder durch eine ausdrückliche Erklärung oder durch konkludente Handlungen erkennbar geworden sei, muß als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Er hätte ohne dies gar keine juristische Existenz. Interessant ist der für die Entscheidung angegebene Grund. Es wird darauf hingewiesen, daß bei Mobilien der Principal bereits dann den Besitz verliere, wenn der Detentor die körperliche Herrschaft absichtlich aufgebe, während bei Grundstücken, wie wir bereits gesehen haben, erst die nicht clandestine Occupation durch einen Dritten diese Wirkung hat. Der Grund für diese verschiedene Behandlung der Mobilien und Immobilien mag darin liegen, daß man bei Grundstücken, auch nach der Dereliktion durch den Colon über den Ort, wo sie zu finden, nicht zweifelhaft sein

kann und daher in der Lage ist, jeden Augenblick die factische Herrschaft wieder herzustellen. Bei Mobilien dagegen wird durch eine Dereliktion Seitens des Detentor dem Besitzer regelmäßig auch die Möglichkeit einer thatsächlichen Einwirkung auf die Sache entzogen. Deßhalb sah man sich hier nicht wie dort veranlaßt, die consequente Folge einer Dereliktion auszuschließen, und den Besitz bis zur fehlerfreien Occupation der Sache durch einen Dritten fortdauern zu lassen. Mit Recht zieht Papinian hieraus die Folgerung, daß der Detentor einer beweglichen Sache dem Principal auch ohne dessen Wissen den Besitz durch den Entschluß, für sich zu besitzen, entziehen könne. Denn jedenfalls liegt in einem solchen Entschluß ein Aufgeben des Besitzes nomine domini. Die Occupation durch den Detentor tritt als ein Weiteres nur noch hinzu.

Ebenso deutlich wie in der l. 47. cit. ist der Besitzerwerb des Detentor durch die erklärte Absicht, für sich besitzen zu wollen, bezeugt in der l. 1. §. 9. quod leg. 43, 3. Danach soll derjenige, dem zur Sicherung eines Legates Sachen überwiesen sind, Besitzer derselben werden, wenn er nach seiner anderweiten Sicherstellung dieselben herauszugeben sich weigert. Dasselbe gilt von der l. 20. h. t., welche eine Entsetzung des Principals durch den Detentor annimmt, wenn dieser ohne genügenden Grund dem Käufer der Sache dieselbe vorenthält. In beiden Fällen ist durch die Weigerung der Restitution der Wille des Detentor, die fragliche Sache für sich zu behalten, festgestellt, und dies genügt zum Erwerb des Besitzes, ohne daß es außerdem noch einer körperlichen Ergreifung der Sache bedürfte. Nicht minder beweisend für die hier vertheidigte Ansicht sind die Stellen, welche den übrigens kaum noch bestrittenen Satz aussprechen, daß zum Besitzerwerb keineswegs immer ein körperliches Erfassen der Sache nothwendig sei, wie namentlich die l. 1. §. 21. und l. 3. §. 3. h. t. Daß in der l. 3. §. 3. cit. zum Erwerb des Besitzes am Schatze ein loco movere erfordert wird, rechtfertigt sich dadurch, daß der unbewacht im Acker liegende Schatz vorher nicht sub

custodia nostra ist. Wird doch im Eingange derselben Stelle ausdrücklich anerkannt, daß der Besitz solo animo erworben werden könne, sofern nur schon vorher das factische Herrschaftsverhältniß bestanden habe.

In der unrechtmäßigen Aneignung einer detinirten Sache liegt stets ein furtum, und somit kann man sagen, der Principal verliere den Besitz an der beweglichen, in Detention gegebenen Sache nur durch ein furtum seines Stellvertreters. Daraus ergiebt sich aber die Nothwendigkeit einer besonderen körperlichen Ergreifung keineswegs. Vielmehr ist umgekehrt der Schluß gerechtfertigt, daß, wenn ein Detentor nicht ohne ein furtum dejicire, stets dann ein furtum vorliege, wenn der Detentor nach den Grundsätzen über Besitzerwerb Besitzer geworden ist. Damit steht auch die Erklärung des furtum, daß es eine contrectatio rei alienae sei, nicht in Widerspruch. Contrectatio bedeutet nichts als Aneignung. Freilich setzt dieselbe regelmäßig ein Ergreifen voraus, weil die Sache meistens fremdem Gewahrsam zu entziehen ist. Wo aber ausnahmsweise ein fremder Einfluß nicht erst ausgeschlossen werden muß, weil die Sache bereits der physischen Gewalt des Diebes unterworfen ist, da würde das Erforderniß einer besonderen körperlichen Ergreifung keinen Sinn haben. Klar ausgesprochen ist dies Resultat in der l. 67. pr. de furtis 47, 2:

> Infitiando depositum nemo facit furtum; nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est. Sed si possessionem eius adipiscatur intervertendi causa, facit furtum. Nec refert, in digito habeat annulum, an dactyliotheca, quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit. (Celsus).

Durch das einfache Ableugnen des Besitzes begeht man noch kein furtum, wenn auch der Schritt zum furtum nur noch ein kleiner ist. Es bedarf dazu nur der Absicht, die Sache im eigenen Interesse unterschlagen zu wollen. Dann ist es aber gleichgültig, ob ich den deponirten Ring mir an den Finger stecke, oder ob ich, während er sich in meinem Gewahrsam befindet, den Beschluß,

ihn mir anzueignen, ohne besondere Vorkehrungen fasse. — Nichts Anderes läßt sich auch aus l. 3. §. 18. h. t. und l. 1. §. 2. de furtis 47, 2. herauslesen:

> Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere; sed si eam loco non moveris, et infitiandi animum habeas, plerique veterum, et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur (Paulus).
>
> Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si intercipiendi causa occultaverit. (Paulus).

So lange man die Absicht, die deponirte Sache für sich besitzen zu wollen, nicht in erkennbarer Weise geäußert hat, so lange gilt man als Vertreter des Principals und setzt dessen Besitz fort. Der bloße Gedanke, stehlen zu wollen, macht nicht zum Besitzer. In diesem Sinne heißt es: nec animo furtum admittitur. Aber auch das Ableugnen der Sache im Prozeß genügt allein noch nicht, um die auf ein furtum gerichtete Absicht zu beweisen. Es kann ja der Depositar möglicher Weise nur eine Fortdauer seines stellvertretenden Verhältnisses zur Sache herbeiführen wollen, oder sonst Gründe haben, die ihn trotz des Mangels einer diebischen Absicht zum Leugnen veranlassen. Anders verhält es sich, wenn er Handlungen vorgenommen hat, die mit Sicherheit auf den Willen, sich die Sachen anzueignen, schließen lassen. Als solche werden besonders hervorgehoben: das occultare intercipiendi causa und das in gleicher Absicht vorgenommene loco movere. Dann ist der auf den Diebstahl gerichtete Wille aus dem Bereiche der Gedanken herausgetreten, und kann deßhalb practische Folgen nach sich ziehen.

Hiermit sind alle Stellen, auf welche sich die Gegner berufen, angeführt, ohne daß irgend ein entscheidendes Moment für die Existenz einer Ausnahme spräche. Dagegen haben sich mehrere

Quellenaussprüche gefunden, welche ein klares Zeugniß für die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht ablegen. So kann namentlich Savigny[48] die l. 47. h. t. nicht anders mit seiner Lehre vereinigen, als durch die Annahme, Papinian referire nur eine von ihm nicht gebilligte Meinung. Die l. 67. pr. de furtis aber versteht er so, als werde in dem Satze: nec refert etc. ein furtum in Abrede gestellt, sowohl für den Fall, daß der Depositar den Ring an den Finger gesteckt, als für den anderen, daß er ihn ohne besondere Handlung für sich zu behalten beschlossen habe. Beide Gesetze scheinen mir jedoch eine derartige Interpretation nicht zuzulassen[49].

Es bleibt uns jetzt nur noch übrig, die Grundsätze für den Besitzerwerb der Stellvertreter bei Grundstücken zu erörtern. Es sind mir nur zwei Stellen bekannt, welche sich auf diese Frage beziehen; doch genügen sie, um die herrschende Lehre, wonach der Colon ohne Kenntniß des Principals den Besitz überhaupt nicht soll erwerben können, zu widerlegen. Die l. 12. de vi 43, 16. lautet:

> Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit, deinde colonus vi ab alio deiectus est; quaerebatur quis haberet interdictum unde vi. Dixi, nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admiserit. Igitur interdictum unde vi colono competiturum, ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecisse tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit, nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset (Marcellus).

---

48) §. 33. S. 433.

49) Ueber die Frage ist auch zu vergl. Schirmer Zeitschrift für Civ.-R. und Pr. N. F. 11. S. 397 ff.

und denselben Fall entscheidet in gleicher Weise die l. 18. pr. eod. Ebenso wie der Depositar einer beweglichen Sache soll also der Detentor eines Grundstückes den Besitz dadurch erwerben, daß er einem zur Empfangnahme beauftragten Käufer die Besitzergreifung verwehrt. Daß dieser Erfolg erst eintrete, wenn der dominus von der eigenmächtigen Handlung Nachricht erhalten hat, ist nicht gesagt. Im Gegentheil wird die Dejection ausdrücklich datirt von dem Moment ab: cum emptori possessionem non tradidit.

Wenn auch die Usucapion des Principals sofort unterbrochen wird, ohne daß es ihm frei steht, nach der Benachrichtigung von der Entsetzung ex continenti einen Vertreibungsversuch anzustellen, so hängt dies damit zusammen, daß der zur Empfangnahme des Grundstückes Beauftragte ganz so behandelt wird, als sei er der dominus selbst: nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admiserit — quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit. — Deßhalb darf auch nur der Käufer selbst die ihm entgegengesetzte Gewalt ex continenti mit Gewalt zu überwinden suchen, während ihn ein nachträglicher Angriff auf den Besitz des Colons den possessorischen Interdikten aussetzt. Für den Principal gelten dieselben Grundsätze, welche wir bereits bei der gewaltsamen Vertreibung des Colonen kennen gelernt haben.

Erklärt der Colon auf andere Weise als durch Restitutionsverweigerung seinen Willen, für sich zu besitzen, so kann ihm nach allgemeinen Grundsätzen jedem Dritten gegenüber der Schutz durch Interdikte nicht versagt werden. Dem Principal gegenüber aber ist er clandestinus possessor, so lange dieser von der Willensänderung keine Kenntniß erlangt hat. Denn wenn wir hier in gleicher Weise, wie es in l. 47. h. t. angedeutet wird, die Handlung in zwei Acte zerlegen, in ein Aufgeben des Besitzes nomine domini und in ein Ergreifen der nunmehr von dem Principal solo animo retinirten Sache zum Zweck des Besitzerwerbes, so ergiebt sich diese Consequenz von selbst. Es läuft deßhalb die

Usucapion des Principals fort, bis er von der dolosen Entsetzung Kenntniß erhalten, und dann corpore oder animo den Besitz verloren hat.

XII.

Ueberschauen wir schließlich das Resultat der gesammten Abhandlung, so ergiebt sich, daß alle angeblichen Ausnahmen von der Regel, wonach die körperliche Herrschaft über eine Sache verbunden mit dem Willen, diese Macht für sich auszuüben, Besitz erzeugt, sich auf allgemeine Grundsätze zurückführen lassen. Als Quelle des herrschenden Irrthums, welcher zu der Annahme der besprochenen Ausnahmen geführt hat, dürfte namentlich zweierlei anzusehen sein. Einmal das Verkennen der Thatsache, daß der der Occupation unkundige Besitzer eines Grundstückes wegen seines Rechtes, den heimlichen Occupanten eigenmächtig zu vertreiben, quoad usucapionem fortwährend als Besitzer angesehen wird, ohne daß dadurch der Besitz des thatsächlichen Inhabers für ausgeschlossen gilt. Sodann das Ignoriren der selbstverständlichen Regel, wonach Willenshandlungen nur in sofern rechtliche Wirkung ausüben können, als sie erkennbar in die Erscheinung getreten sind.

XVI.

Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen.

Von

Herrn Dr. Hermann Bischof.

(Fortsetzung der Abh. IX im vorigen Hefte.)

Viertes Capitel.

(Fortsetzung.)

Verhältniß des Richters zu dem objectiven Begriffe der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen.

Es wäre schwer, das juristische Sophisma zu finden, welches mit der Kürze des Sinnes eine solche Masse von Begriffsverwechslungen und Sprüngen enthielte. In der That sieht auch Herr v. Linde nicht ein „wie aus Zachariä's Darstellung schlüssig die Folgerung abzuleiten wäre, die er daraus herleiten wollte [1]." „Wir brauchen, sagt er [2], die Folgerichtigkeit dieser

[1] A. a. O., S. 380.

[2] Vergl. a. a. O., S. 380.

Behauptung nur in's Läugnen zu setzen, da sie von Zachariä mit Nichts bewiesen, also auch nicht zu widerlegen ist."

Fragt man vor Allem nach dem Zusammenhange des Arguments mit dem Momente der richterlichen Unabhängigkeit, so springt die willkürliche Definition dieses Begriffes in's Auge. Mit einer derartigen Unabhängigkeit läßt sich überhaupt kein geschriebenes Gesetz vereinen [1]). Die Anwendung einer jeden Norm auf den speciellen Fall wäre ja immer die Entscheidung des Prozesses durch landesherrlichen Willen, d. h., nach Zachariä, durch ein Gesetz, in welches der streitende Theil selbst eingewilligt hat. Gerade Letzteres ist aber nach Zachariä unstatthaft. Herrn v. Linde erscheint es als besonders interessant, zu erfahren, wie Zachariä in Consequenz mit den Grundsätzen seiner Abhandlung die richterliche Auctorität im Staate zu begründen vermöchte und woher er die Entscheidungsnormen holen würde. Die ganze Verwirrung des sonst so scharfsinnigen Schriftstellers wurzelt offenbar in dem falschen Begriffe der gesetzgebenden Gewalt.

Durch Artikel 57 der Wiener Schlußacte ist überhaupt eine Uebertragung derselben auf den Willen des Volkes im Sinne der unorganischen Mehrheit oder die Fiction seiner Stellvertretung durch die landesherrliche Constitution aus dem positiven deutschen Staatsrecht ausgeschlossen [2]). Aber selbst in der tüchtigsten Republik läßt sich wohl kein Gesetz denken, welches dem Willen eines jeden Bürgers entspräche. Käme aber auch ein solches unanimiter zu Stande, so wäre die Anwendung desselben im Prozesse nach Zachariä unmöglich, da Eine Parthie durch Zugrundlegung des Gesetzes den

---

[1]) Vergl. v. Linde im Archiv für Civ.-Praxis, a. a. O., S. 379.

[2]) Daß die Mitwirkung des Volkes zum Wesen des Gesetzes nach allg. Principien und posit. deutschem Rechte gehöre, wenn unter dem „Volke" nicht nur die Gesammtheit oder die Mehrheit der mündigen Individuen männlichen Geschlechtes verstanden wird, ist vom Verf. S. 14 u. ff. seines 1859 erschienenen „Nothrechts" nachgewiesen worden.

Prozeß verliert, während der Wille dessen, der das Gesetz aufstellt, doch nicht dahin gehen kann, durch den eigenen Willen den Prozeß zu verlieren. Zachariä verwechselte somit in letzter Instanz die subjective und objective Aeußerung des Willens. Letztere ist die im Rechtsgesetze ausgesprochene; — in Disharmonie mit ihm begriffen, negirt sich jene erstere selbst, weil in Collision mit der eigenen Existenz oder der Substanz des Willens.

Man muß sogar Herrn v. Linde darin beistimmen, daß der Grund, welchen Zachariä für die Incompetenz der Volksabgeordneten, auch richterliche Functionen auszuüben, wenn er richtig wäre, mit derselben Folgerichtigkeit auch beweisen würde, daß selbst Gerichte richterliche Functionen nicht ausüben dürften; denn schwerlich kann man den Beschluß eines Gerichts, wodurch die eine Parthei den Prozeß verliert, als den Beschluß dieser verlierenden Parthei ansehen. „Meint aber Zachariä, daß eine solche Fiction bei Richtersprüchen nicht nothwendig sei, so nimmt er den Grund zurück, aus welchem richterliche Behörden so nothwendig von den für die Gesetzgebung bestehenden Auctoritäten verschieden sein sollen [1]."

So erklärt sich die Entstehung und der Irrthum des von Zachariä „absichtlich nur in Beziehung auf die gesetzgebende Gewalt in der constitutionellen Monarchie definirten Begriffs der Gerichte." Der Richter ist unabhängig in der Subsumption des Factums unter das Gesetz. Er kann aber neben der Stelle des Richters auch die des Landstandes einnehmen, nur als Richter ist er nicht eo ipso Landstand und umgekehrt. Herr v. Linde sagt, es verstehe sich von selbst, daß eine Behörde, welche verschiedene Functionen versieht, z. B. in der Eigenschaft als Gesetzgebungs-Commission nicht Richtersprüche und in der Eigenschaft als Gericht keine Gesetzes-Entwürfe macht. Vergleiche v. Linde,

---

1) Worte v. Linde's im Archiv, a. a. O., S. 379.

a. a. O., S. 378. Stockmar[1]) bemüht sich, das Argument Zachariä's umzustoßen, weil dasselbe blos auf dem Verfassungsrecht der constitutionellen Monarchie beruhe, während die zu entscheidende Frage weder in allen constitutionellen Monarchien vorkomme (z. B. nicht in Liechtenstein), noch gerade in der constitutionellen Monarchie Zachariä's Platz greifen könne, weil letztere die Verbindlichkeit einer jeden Rechtsregel an den Consens der Stände knüpfe, während die aufgeworfene Frage umgekehrt voraüssetze, daß nur ein Theil der allgemeinen Rechtsnormen der ständ. Mitwirkung unterliegen müsse. Der eine, wie der andere Einwand ist unbegründet. Zachariä geht davon aus, daß die Mitwirkung der Stände bei der Gesetzgebung zum Wesen der constit. Monarchie gehöre; in Ermangelung der ersteren existirt letztere eben nicht. Von seinem zu Grunde gelegten Begriffe aus ist somit Zachariä im Recht; eine fremde Vorstellung aber darf man ihm nicht aufoctroiren. Daß in der Argumentation die Giltigkeit jeder Rechtsregel vom ständ. Consense abhängig gemacht werde, scheint ein Mißverständniß zu sein, da Zachariä ausdrücklich jene Forderung der ständ. Mitwirkung zur Erzeugung aller Normen eine wenn auch rechtlich begründete, so doch zugleich factisch unerfüllbare nennt.

b) B. W. Pfeiffer.

Das Moment der richterlichen Unabhängigkeit wurde namentlich zur Zeit der kurhessischen Zerwürfnisse den Septemberverordnungen, zumal dem Erlasse vom 28. jenes Mts., entgegengehalten, so daß die Mehrzahl der Zeitungskenner in den Justizbeamten jenes Landes[2]) die Märtyrer des richterlichen Palladiums ver-

---

[1]) A. a. O., S. 39. Vergl. Vollert, a. a. O., S. 619.

[2]) Der Verf. hat nicht die Frage nach der sittlichen Entschuldbarkeit oder Verdammungswürdigkeit der Regirungsmaßregeln, sondern nur die Controverse über das formelle Recht derselben zu prüfen.

ehrte [1]). „Diese Verordnung (v. 28. Sept.) [2]) — sagt Dr. A. Pfaff — wird ewig denkbar bleiben. Sie enthält ein in der Hessischen Geschichte unerhörtes ungeheures Attentat, einen directen Eingriff in die Thätigkeit der Gerichte. Das von jeher von Hassenpflug befolgte Streben, auch die Justiz seinem Willen zu unterordnen, in ihr das letzte Hinderniß seiner Gewaltsamkeit zu beseitigen, trat jetzt in voller Nacktheit hervor." Auch Dr. H. Gräfe gründet seine Ansicht auf die gesetzliche Selbstständigkeit der Gerichte. „In Kurhessen — sagt derselbe [3]) — hat sich zum Erstenmale die Gewalt dem Rechte offen entgegengesetzt und dasselbe ohne Scheu mit ihrem ehernen Fuße zertreten. Hier zuerst (!) hat ein Minister es gewagt, dem übereinstimmenden Ausspruche der höhern und höchsten Gerichte Trotz zu bieten, um die seine Unternehmungen verurtheilenden gerichtlichen Erkenntnisse mit Hilfe der übelberichteten deutschen Regierungen vor dem Auge der Völker durch Bajonette zu zernichten." Dergleichen Sentenzen mögen eine edle, subjectiv empfundene Begeisterung für die Heiligkeit des Rechts beurkunden; aber sie erscheinen als hohle Declamationen, wenn sie objective Verhältnisse kritisiren, ohne auf den Stützen eben einmal geltender Rechtsnormen zu ruhen.

Völlig mißverstanden [4]) wurde hierbei das hochgepriesene Hessen-Cassel'sche Edict vom 26. November 1743. „Damit auch die zu diesem O. A. Gerichte verordneten Räthe jetzt und ins Künftige hierunter desto freier, ohne alle Scheu und Furcht zu Werke gehen und ihr Amt thun können, so wollen

---

[1]) Sogar die Allgem. Zeitung ist der Täuschung nicht gänzlich entgangen Vergl. die Beilage zu Nro. 283. der Allg. Ztg. von 1850. S. 4523.

[2]) A. a. O., S. 177.

[3]) A. a. O., S. VII. Vergl. ibid. S. 242 unten — 243.

[4]) Vergl. z. B. Rechtl. Beleuchtung der Kurhessischen September-Verordnungen, ed. H. A. Zachariä. Gött. 1851. S. 87. und (gegen die dort vertheidigte Ansicht) Büff, l. c., S. 358—359. Vergl. Pfaff, l. c., S. 179. — Vergl. Erklärg. des landständ. Ausschusses v. 30. Sept. 1850, in Betr. d. Verordn. v. 28. Sept.

wir dieselben überhaupt und einen jeden von ihnen besonders in denen Sachen, so uns und unsere Nachfolger, Aemter und Jura oder unsere Beamte und Bediente, die in unserem Namen agiren, einigermaßen betreffen, oder dabei wir und unsere Nachkommen selbst oder sie unsertwegen ein Interesse haben möchten, der auf Respicirung unseres Besten geleisteten Pflicht und Verbindung hiemit erlassen, und sie, wie überall, also auch in solchen uns oder die Unserigen angehenden Sachen, bei Verwaltung ihres Amtes auf nichts, als Gott den Allmächtigen und eine ganz unpartheiische reine Justiz, worauf sie ihren Eid abgelegt und geschworen, ein vor allemal gebunden und verwiesen haben, inmaßen dann alles das, was sie also in unserm Namen handeln, sprechen und erkennen, nicht anders, als hätten wir solches in eigener Person gethan und anbefohlen, geachtet und respectirt, folglich ohnaufhaltlich zur Execution gebracht und vollzogen, auch sothanen Erkenntnissen keine Hinderung in den Weg gelegt, vielweniger eine an dem O. A. Gericht rechtshängige oder dahin gehörige Sache davon avocirt, sondern bei selbigem der Justiz ihr starker Lauf gelassen und eine dawider ausgewirkte Verordnung nicht anders, als per sub et obreptionem erschlichen, oder aus Irrthum und Mißverstand ertheilet und angesehen, und deren ungehindert im geraden Weg weiter procediret, mithin keine Sache, welche in die Justiz einschlägt, und ihrer Eigenschaft nach durch einen Spruch Rechtens zu erörtern ist, es sei in prima oder in secunda instantia anders wohin, als vor die ordentlich hierzu bestellte Justiz-Collegia gezogen und alles andere, was dagegen geschieht, als ungiltig, null und nichtig betrachtet werden, und jetzt und zu ewigen Zeiten davor erkannt und erklärt worden sein soll [1]." Allein das vorliegende Edict steht mit unserer Controverse nicht im mindesten Zusammenhang. Die

1) Vergl. hiemit die Verordng. König Friedrich Wilhelms I., die Verbesserung des Justizwesens betr., von 1713, abgedruckt bei Büff, l. c., S. 357.

„dawider ausgewirkte Verordnung" bedeutet keine allgemeine landesherrliche Constitution, sondern das Rescript, welches die Entscheidung eines einzelnen Rechtsstreites beeinflußt. Die Justizsache besteht hier in dem Prozesse des Fiscus, was ja ausdrücklich bemerkt wird. Somit ist in dem Edicte von 1743 ausschließlich die Rede von eigentlicher Cabinets-Justiz, und der landständische Ausschuß Kurhessens erinnerte im Jahre 1850 mit Unrecht an dasselbe, wenn er sagt: „So ist durch die Verordnung vom 28. l. M. alles zerstört, was der Rechtssinn hessischer Fürsten für die Unabhängigkeit, das Ansehen und die Würde der ordentlichen Landesgerichte seit hundert Jahren gewirkt hatte. Recht und Gerechtigkeit sollen sich dem unverhüllten Despotismus beugen [1]."

Auch B. W. Pfeiffer betrachtet die Kurhessische Verordnung vom 28. Septbr. „als unmittelbaren Eingriff der Regierungsgewalt in die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes, durch welchen die Lähmung des Armes der Gerechtigkeit zum Schutze aller derjenigen bezweckt wurde, welche mit unerschütterlicher Verfassungstreue und standhafter Geltendmachung ihrer, auf die Befolgung und Aufrechthaltung der Verfassung übernommenen Eidespflicht die ihnen von dem Ministerium angesonnene Mitwirkung zu seinen gesetz- und verfassungswidrigen Unternehmungen versagten [2]. „Wenn — fährt der Schriftsteller an einem andern Orte [3]) weiter — die frühere Verordnung noch der altherkömmlichen Scheu vor Beeinträchtigungen der Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Gerichte einigermaßen Rechnung zu tragen schien, so trat die gegenwärtige (v. 28. Sept.) mit einem offenen Angriffe auf diese von jeher für ganz unverletzlich gehal-

---

1) S. Allg. Zeitg. 1850. S. 4435. Vergl. den Obergerichtsbescheid der I. Civilkammer des Kasseler Obergerichts in Sachen Oetkers vom 16. Sept. 1850. (Würdigung der Denkschrift. S. 85 flg.).

2) Selbstständigkeit des Richteramts. S. 332.

3) Ibid., S. 336.

tenen Palladien eines gesicherten Rechtszustandes hervor." Pfeiffer betrachtet es somit als Zweck jenes landesherrlichen Gesetzes, den die Rechtmäßigkeit der Septemberverordnungen überhaupt Bekämpfenden jeden rechtlichen Schutz zu entziehen, also den Prozessen, in welche die Renitenten verwickelt würden, eine bestimmte, der Staatsgewalt und ihrem Willen entsprechende Richtung zu geben, mit Einem Worte: das specielle Rescript in die Form der allgemeinen Verordnung einzukleiden und auf diesem indirecten Wege Kabinetsjustiz zu üben. Denselben Gedanken besprach er schon in seinen practischen Ausführungen mit folgenden Worten: „Das auffallendste Beispiel einer indirecten Lähmung der gerichtlichen Wirksamkeit stellt sich im Gebiete der Gesetzgebung dar, in dem Falle nämlich, wenn der Gesetzgeber solchen in der Vergangenheit bereits abgeschlossenen Rechtsverhältnissen, welche in dieser Eigenschaft der richterlichen Entscheidung nach den zur Zeit ihrer Entstehung vorhandenen Gesetzen lediglich anheim gefallen sind, durch in die gesetzliche Form eingekleidete allgemeine Verfügungen eine ihm zweckmäßig scheinende Bestimmung gibt [1])."

Uebrigens fand [2]) schon C. S. Zachariä die Möglichkeit einer verschleierten Kabinetsjustiz in der behaupteten Incompetenz der Gerichte insofern, als der Regent jeden Befehl, obwohl er dem Erfolge nach nur einer einzelnen Rechtssache eine bestimmte Wendung gibt, in das Gewand der allgemein gefaßten Verordnung einhüllen kann. Als z. B. — wie Zachariä erwähnt [3]) — nach Auflösung des Königreichs Westphalen die Kurhessische Regierung die von der Westphälischen veräußerten, in Kurhessen

---

[1]) B. W. Pfeiffer, Ausführungen. III. S. 260. Vergl., ibid., §. 5. — Ein Beispiel dieser sog. Kabinetsjustiz S. bei Schick, über das reichsständische Instanzenrecht. Gießen 1802. Anhang, Nro. 6. S. 207. — Vergl. von Rieffel, Reichshofrath in Justiz- und Gnadensachen. Augsb., 1791. I. Nro. 22. S. 178.

[2]) A. a. O. S. 176.

[3]) ibid.

gelegenen Domänen wieder an sich gezogen hatte, verbot sie in der Folge den Gerichten des Landes, irgend eine Klage anzunehmen oder fortstellen zu lassen, welche von den Käufern dieser Domänen gegen den Kurfürstlichen Fiscus geltend gemacht würde. „Wie man also — fährt Zachariä fort — über dieses Verbot urtheilen möge, so viel ist gewiß, daß es der Sache nach in so viele einzelne Verbote zerfiel, als Klagen dieser Art anhängig waren oder bevorstanden. Entweder also muß man Befehle, durch welche die Regierung in die Verhandlung oder Entscheidung einzelner Rechtssachen eingreift, selbst in der constitutionellen Monarchie für rechtlich zulässig erachten, oder man muß den Gerichten das Recht zugestehen, über die Rechtsgiltigkeit der von der Regierung ausgegangenen Verordnungen überhaupt zu erkennen [1]." Die Möglichkeit eines solchen Mißbrauchs des Verordnungsrechtes ist allerdings nicht zu läugnen. Allein abgesehen davon, daß der Gesichtspunkt bloßer Zweckmäßigkeit für die Entscheidung einer juristischen Controverse irrelevant ist, befürworten auch die Grundsätze der Politik ohne Zweifel keine Ansicht, welche aus Besorgniß eines möglichen Mißbrauchs der Staatsgewalt ein Recht entzieht, durch dessen Gebrauch die höchsten Interessen des Staats in nicht seltenen Fällen allein gewahrt werden können. Gerade hieran mag Gfr. Weber gedacht haben, als er ausrief: „Welche Verkehrtheit! Man will unabhängige Gerichte, aber eine abhängige Staatsgewalt! — eine von der Billigung der Gerichte abhängige [2]." Ueberhaupt berührt der fragliche Einwand nicht ausschließlich, ja nicht einmal vorzüglich unsere Frage: vielmehr erinnert derselbe nur an eine Möglichkeit, die nirgends ausgeschlossen ist, wo der freie Wille des Menschen sich bethätigt. Darum sagt der belgische Jurist [3]: „La constitution ne compte-t-elle pas un peu sur la probité des hommes?" — und jenem „in Wolken gehüll-

[1] A. a. O., S. 176—177. Vergl. auch Schlayer, a. a. O., S. 260. flg.
[2] A. a. O., S. 49.
[3] Faider, Ch., Étude sur l'application etc., a. a. O., S. 476.

ten Glaubensgeheimnisse" des „toute justice émane du roi", auf dessen „Verehrung" Berenger sich beschränkt [1]), wird seine letzte und vernünftige Erklärung in dem Gedanken zu Theil, daß alles Recht nur die Moral in äußerer Erscheinung darstellt und dem tiefsten Grunde nach — wie jene selbst — die Garantie seiner Unzerstörbarkeit nicht in den bindenden Normen abstracter Gesetze, sondern in der freien Sittlichkeit des Menschengeistes findet. Schlayer sucht unsere Widerlegung Zachariä's zu ergänzen, wenn er sagt: „Ich gehe weiter. Ich glaube, daß der Richter in einem solchen Fall das Recht des Staatsbürgers, blos verfassungsmäßigen Gehorsam zu leisten, aussprechen kann. Es ist gesetzlich anerkannt, daß der einzelne Staatsbürger einer Verfügung der Regierung, die ihn mit dem Verluste unersetzlicher Rechte unmittelbar bedroht, Widerstand entgegen zu setzen befugt ist, wenn er gute Gründe hat, dieselbe für unberechtigt zu halten. Hat der einzelne Staatsbürger ein solches Recht, so muß es auch der Richter aussprechen dürfen, wo er es im einzelnen Fall für begründet hält, und er hat dann eben deßhalb einer solchen — wenn gleich allgemein gehaltenen — Verfügung keine Folge zu geben." Anders, als Schlayer, dachte das Pariser Kriegsgericht, welches auf Grund der schon mehrfach erwähnten königlichen Ordonnanz vom 6. Juni den Bürger Geoffroy zum Tode verurtheilte. In der That ist jene Ausnahme unberechtigt.

Die regelmäßige Gesetzgebung, in welcher sich der Wille des Souveräns nicht ohne ständischen Consens bethätigt, ist in Deutschland formell unbeschränkt, so daß ihr jedes, auch das unersetzliche Gut des Bürgers, unterworfen bleibt. Die einseitig contrasignirte Verordnung des Landesherrn hat aber die Kraft des provisorischen Gesetzes, dieses selbst ist in der verfassungsmäßigen Wirksamkeit dem eigentlichen Gesetze gleichgestellt. Ebendeßhalb kann auch ein unersetzliches Gut der all-

---

1) Berenger, de la justice criminelle en France. Paris, 1818. ch. 1. p. 22.

gemeinen landesherrlichen Verordnung nicht entzogen sein, da ja diese wie das provisorische Gesetz, letzteres wie das eigentliche Gesetz Geltung beansprucht. Die irrthümliche Grundlage jenes Gedankens besteht in einer Verwechslung der interimistischen Existenz des Gesetzes mit dem Momentanen des dadurch gestalteten factischen Zustandes. Das Gesetz — so construirt man —, welches nur dazu bestimmt ist, vorübergehende Zustände zu regeln, verliert den Charakter des provisorischen, wenn es jene in einer Weise gestaltet, daß die zweite Gestaltung nach Aufhebung des Ausnahmezustandes unmöglich ist, so gerade, wenn dem Bürger dadurch ein unersetzliches Gut entrissen wird. Allein die Einrede vergißt gänzlich, daß diese Folge nicht nur und nicht ausschließlich bei den sog. unersetzlichen Gütern (Leben, Freiheit ꝛc.) eintritt, sondern überhaupt bei jedem Objecte, auf welches ein provisorisches Gesetz angewendet wird. Die Aufhebung des Letztern hat ja nie und nimmer und eben so wenig, als die des eigentlichen Gesetzes eine rückwirkende Kraft [1]). Die tiefsten und verborgensten Mängel des Schlayer'schen Einwandes und des Zachariä-Pfeiffer'schen Sophismas überhaupt liegen deßhalb in dem Irrthum, als sei das provisorische Gesetz und die Verordnung in der Kraft und Verbindlichkeit mit dem eigentlichen Gesetze nicht identisch. Denn der Fall ist ja denkbar, wo auch eine mit ständischer Zustimmung erlassene Constitution nur den Zweck hat, einem speciellen bereits anhängigen Rechtsstreite eine bestimmte Wendung zu geben, kurz — Kabinetsjustiz zu üben; in diesem Falle [2]) negirt sich aber jede rechtliche Competenz in Ansehung der Allmacht der Legislation.

Abstrahirt man übrigens von der nackten Möglichkeit und betrachtet Leben und Geschichte, so muß jene Phantasie mit v. Linde „eine arge Uebertreibung" genannt werden, und letzterer Staatsmann

---

1) Vergl. z. B. Reuß (j. L.) V.-U. 1852. §. 67. a linea 2.
2) Vergl. Stockmar, a. a. O., S. 236.

erinnert treffend an die hohe Achtung, in welcher „so viele tausend deutsche Gerichte in Staaten ohne solche Verfassung gestanden haben und noch stehen; und daß es gerade oft schwierige Verhältnisse waren, welche den Ehrfurcht gebietenden Charakter deutscher Gerichte in dem glänzendsten Lichte darstellten" und erblickt darin „eine größere Garantie für Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Justiz", als in jeder „durch die künstlichste Berechnung projektirten" [1]) Einschränkung der Staatsgewalt.

c) Feuerbach.

In einen ganz eigenthümlichen Zusammenhang bringt Feuerbach unsere Frage mit dem Grundsatze der richterlichen Unabhängigkeit. Er bezieht nämlich die Controverse auf den Einen speciellen Fall: Ist der Richter an die Aenderung einer Gerichtsverfassung durch bloße Verordnungen gebunden? „Ruht — so lehrt Feuerbach — die Justiz nicht wenigstens auf verfassungsmäßig gegebenen Gesetzen, hat sie keinen andern Bestand, als in dem wandelbaren Willen einer reglementären Verfügung, so wird mit dieser Unstätigkeit und unbedingten Abhängigkeit der Justizverfassung die politische Verfassung selbst, hinsichtlich sicherer Stellung, einem Menschen ähnlich, der mit dem einen Fuß auf festem Boden ruht, während er mit dem andern auf einer Eisrinde über einer bodenlosen Felsenspalte ruht.

In wessen Gewalt und Belieben die Justizverfassung gegeben ist, der hat die Justiz selbst in seiner Gewalt. Was sie sein, wie sie sein, wie lange sie so oder anders — einarmig oder vielarmig, wohl oder übel gestaltet, mit kräftigem oder siechem Leib — bestehen soll, ist dann blos Sache der Meinung, des Geschmacks und allerlei Gutfindens. Wer die Justizverfassung, d. h. die Justiz selbst, machen kann, nach seinem eignen alleinigen Gefallen, hat immer die freie Gewalt, sie heute so, morgen so einzurichten,

---

1) Gießener Zeitschrift. VII. S. 63.

wie sie zu dieser oder jener Absicht am besten taugt. — Von Unabhängigkeit der Justiz, von welcher in fast allen neuen Verfassungen so viel gesprochen nnd versprochen wird, dürfte nach einem solchen Staatsrechte nur noch im Scherze die Rede sein. Denn, gibt es eine rechtliche Unabhängigkeit, eine rechtliche Selbstständigkeit außer in einem festbestehenden, unantastbaren Gesetz? Wäre wohl ein Geschöpf der Willkür ein unabhängiges zu nennen, wenn es, gestern geschaffen, heute wieder zerschlagen werden kann, um morgen, nach seines Schöpfers Wink, in einem andern Leibe, mit veränderten Organen wieder von neuem geschaffen zu werden? Oder würde man Unabhängigkeit der Justiz da suchen, wo die regierende Macht sich es zwar nicht erlaubte, in das Innere des Justizpalastes einzudringen und in Form eines let. de justice die Justiz durch einzelne Machtgebote zu beunruhigen; sich aber dagegen zu einiger Vergütung des Aufgegebenen die freie Gewalt vorbehalten hätte, den Tempel selbst, in welchem sie wohnt und wirkt, — die Gerichtsverfassung vom Grund bis zum Giebel zu jeder Stunde abzubrechen, und die solchergestalt selbstständige Bewohnerin desselben zu zwingen, ein anderes unterdessen schnell zusammen gezimmertes Haus oder Häuschen zu beziehen, das ihr ebenfalls nur titulo precarii so lange eingeräumt bleibt, als es dem Grundherrn beliebt, sie nicht auch von da wieder auszutreiben. Eine in dieser Art selbstständige, nicht einmal auf eignem Boden wohnende Justiz, die Gestalt und Gehalt ihres Daseins von der Gunst allein zu Lehen trüge und dem Feigenklotz jenes Dichters billig zu vergleichen wäre, aus welchem der bildende Zimmermann nach Gefallen einen Jupiter, einen Satyr oder auch einen bloßen Fußschemel herausmeißeln kann: eine solche Justiz wäre doch wohl ein gar zu vergängliches, zerbrechliches oder biegsames Wesen, um dem Rechte überhaupt, sobald es mit der Gewalt in ernstlichen Kampf geräth, wie viel weniger den sogenannten constitutionellen Rechten in der Dauer einigen Schutz zu verleihen."

Herr v. Linde bedauert, daß ein so berühmter und scharfsinniger Denker, wie Feuerbach, an die Stelle juristischer Fun-

damente dergleichen Expectorationen zu setzen sich herabließ. Dennoch fand jenes Schriftchen über die Gerichtsverfassung vielfachen Anklang [1]) und wurde, indem man das Ansehen des Mannes mit der gewagten Behauptung verwechselte, in Ständeversammlungen nicht weniger als in der richterlichen Praxis oft erwähnt und benützt.

Der Einwand Feuerbach's [2]) gelangte zu praktischer Anwendung in dem oben erwähnten Streite über die Verfassungsmäßigkeit einer Verfügung der großherzoglich hessischen Staatsregierung über Bestallung des rheinhessischen Assisenpräsidiums. Sowohl die Justizbeamten, welche damals über die legale Composition des Gerichtshofes urtheilten, als auch die Kammer der Abgeordneten, welche jenes Verfahren billigte, stützten ihre Behauptungen darauf, daß die Verordnung vom Novbr. 1831 den Art. 32 der hess. Verf.-Urkunde verletze: „Das Materielle der Justizertheilung und das gerichtliche Verfahren, innerhalb der Grenzen seiner gesetzlichen Form und Wirksamkeit, sind von dem Einflusse der Regierung unabhängig." — Die Beziehung dieses §. auf unsere Frage erklärt sich aus der Feuerbach'schen Entwicklung, insofern letztere sich überhaupt in Begriffe einläßt; jede Annahme eines andern Zusammenhanges erschiene noch absurder. Aber auch bei dieser Zusammenstellung sind wir in der That versucht, mit dem rheinhessischen Juristen in Nr. 10 der deutschen Vaterlandszeitung zu glauben, es müsse hier ein Schreib- oder Lese-Fehler obwalten. Diese Begründung findet sich aber buchstäblich in dem erwähnten das rheinhessische Assisenpräsidium betreffenden Antrage der Abgeordneten Brunck und Rumpel.

Der einzig denkbare Boden, auf welchem der fragliche Einwand basiren kann, besteht in der schon so oft berührten irrthümlichen Ansicht über die Verfassungsmäßigkeit einer landesherrlichen Constitution. Feuerbach war ja einer der Ersten, welcher die

---

1) Vergl. auch J. L. Klüber, „Selbstständigkeit ꝛc." S. 23 flg.
2) Vergl. oben, 3. Kapitel. S. 475.

einseitige Lehre in Umlauf zu setzen suchte [1]; in der That läugnet er auch nicht, daß mit Zustimmung der Stände jeden Augenblick eine Aenderung der Gerichtsorganisation erlaubt sei, indem er die formelle Omnipotenz des eigentlichen Gesetzes anerkennt. Jede Sylbe, welche gegen die Aenderung der Gerichtsverfassung durch einseitige fürstliche Verordnung gesagt wird, läßt sich aber auch auf das mit ständischer Zustimmung erlassene Gesetz anwenden. Den Ständen kann nämlich der Beschluß von gestern nicht mehr behagen und heute kommt ein abänderndes Gesetz zu Stande. Da nun Feuerbach selbst gerade als Kern seines Einwandes bezeichnet, daß ein Geschöpf, „wenn es, heute geschaffen, morgen wieder zerstört werden kann", unmöglich ein unabhängiges sein könne; so folgt hieraus, daß eine Unabhängigkeit des Richters im Sinne Feuerbach's auch mit der Aenderung der Justizorganisation durch eigentliche Gesetze principiell sich nicht vereinen läßt. Feuerbach's Definition von richterlicher Unabhängigkeit ist somit eine falsche, welche sich in keinem Staate realisiren läßt, auch nicht in der Republik.

Wollte man aber einwenden, daß wenigstens die Gefahr des Mißbrauchs geringer sei, wenn die fragliche Aenderung nur mit Zustimmung der Stände erfolgen dürfe, so ist dieser politische Gesichtspunkt, wenn er auch den Schein des Wahren an sich hat, für die Darstellung des positiven Rechts ohne Einfluß.

Unzweifelhaft lag zur deutschen Reichszeit das Recht der Justizorganisation in den Händen des Regenten [2])

Ein Beleg findet sich im 13. Art. eines i. J. 1859 erlassenen Kaiserl. Dekretes [3]: Wann auch zu Erhaltung guten

---

1) A. a. O., Seite 17.

2) Vergl. die zieml. bedeutende damalige Literatur bei J. J. Moser, Landeshoheit in Justizsachen. S. 76. §. 1.

3) Abgedruckt z. B. bei Moser, Landeshoheit in Regierungssachen. S. 379.

Friedens und Regimentes nichts Nützlicheres und Nöthigeres sein kann, als daß die heilsame Justiz wohl bestellet und gleichmäßig auch förderlich administrirt werde: solches auch die gemeinen Stände der Grafschaft Ostfrießland mehrmals gesucht und begehrt haben; so ist darum ihrer kaiserlichen Majestät Meinung und Befehl, daß gedachte Gebrüder, Grafen zu Ostfrießland, die Bewilligung und Zusage, so sie von wegen Anordnung eines wohlbestellten Hofgerichts jüngsthin den kaiserlichen Commissarien gethan, förderlichst in's Werk setzen, sich der Personen, Unterhalts, Orts und Ordnung, sammt andere Nothwendigkeiten, zu solchem Hofgerichte gehörig, ohne länger Verziehen (wofern es anders nicht allbereit geschehen) brüderlich vergleichen und also männiglich beide in pein- und bürgerlichen Sachen Justitiam administriren und widerfahren lassen."

Canzler Brenneisen bemerkt hiezu [1]): In diesen Worten wird die Anordnung des Hofgerichts, soviel das quomodo betrifft (maßen die quaestio an? durch die Zusage und Bewilligung der beiden Brüder festgestellt war) schlechterdings den beiden Grafen heimgestellt, und mit keinem einzigen Wort gemeldet, daß die Landstände dazu gezogen werden sollen, oder daß ohne deren Consens nichts geordnet werden solle." Mit „noch nachdrücklicheren Worten" sieht Brenneisen denselben gemeinrechtlichen Grundsatz in folgenden Worten des nämlichen Dekrets (Art. 13.) ausgesprochen: „Wenn auch ferner beide gräflichen Theile sich nochmals gutwillig erkläret und erboten, vermöge kaiserl. Abschieds ein wohlbestellt gräflich Hofgericht anzuordnen, darum auch die von der Landschaft gar inständig gebeten und angehalten: und dann solch Werk beiden Herren Grafen, als der von Gott desort verordneten Obrigkeit, eigentlich zugestanden; wie auch kaiserl. Majestät Abschied denselben solches ausdrücklich

---

[1]) Ostfries. Histor. und Landes-Verfassung. Tom. I. Lib. I. cap. 9. part. 4. p. 151.

auferlegt; so sind auch über Verfassung desselben etlich viel Tage zugebracht und ist endlich vermittelst göttlicher Verleihung, gehaltenem Rath und mit Beliebung des anwesenden Ausschusses der sämmtlichen Ritter- und Landschaft, auf Personen, die dazu gebraucht werden sollen, auf Sachen, die daran gehören, dann auch auf einen Proceß und Ordnung, deren allenthalben gefolgert werden soll, geschlossen worden, auf Weise und Maß, wie die deßwegen begriffene Ordnung solches ausführt [1]". Der Commentar von Brenneisen argumentirt nun ganz richtig: „Hier ist mit runden Worten gesetzet, daß die Anordnung beiden Grafen eigentlich zustehe und folglich die Landschaft zu Bestellung des Hofgerichts nicht gehöre; und ob zwar gesetzet wird „„— vermittelst des anwesenden Ausschusses der sämmtlichen Ritter- und Landschaft"" —: so geben doch die vorhergehenden und diese Worte klärlich an den Tag, daß man zwar des vorerwähnten Ausschusses Meinung dabei vernommen, ihnen aber nichts weiter, als ein votum deliberativum verstattet habe; und auf solchem Fuß ist auch die Hofgerichtsordnung abgefaßt; maßen darin mit keinem einzigen Worte gedacht worden, daß die Landstände zu Bestellung des Hofgerichts oder Abfassung der Hofgerichts-Ordnung als Mitconstituenten gehörten oder ein votum decisivum dabei gehabt hätten."

Aber auch die hessische Praxis stimmte bis zum Jahr 1836 mit diesen Grundsätzen überein. Ein Aufsatz in Nro. 9 u. 10. der deutschen Vaterlandszeitung [2]) „das rheinhessische Assisenpräsidium") weist nach, daß mindestens ein Dutzendmal im Großherzogthum Hessen vor und nach Entstehung der Verfassungsurkunde die Gerichtsverfassung durch einseitige landesherrliche Verordnungen geändert wurde. Bemerkenswerth ist namentlich Ein Fall. Die Bestätigung gewisser Arten von Verträgen ge-

---

1) Ibid.

2) Vergl. auch Beiträge zum Const. d. Staatsr. I. S. 3.

hörte in Hessen-Darmstadt zur Jurisdiction der Hofgerichte erster Instanz. Im Jahr 1827 wurde in der zweiten Kammer beantragt, die Regierung um Vorlage eines Gesetzesentwurfes zu bitten, wonach diese Vertragsconfirmationen an die Untergerichte verwiesen würden. Ausschußbericht, Discussion und Abstimmung harmonirten. Allein die erste Kammer erinnerte, daß der Gegenstand des Antrags in den Kreis der dem Großherzoge allein zustehenden Befugnisse einschlage, welcher Erklärung sodann auch die zweite Kammer beitrat [1]).

---

1) Vergl. die Verhandlungen der I. Kammer, Hft. 2. S. 2., Nr. 31. S. 12., Nr. 3. S. 12—13 u. die Verordnung v. 21. März 1828 (Reg.=Bl. von 1828. S. 97).

C.

Dritter Einwand.

Vom Standpunkte des richterlichen Eides auf die Beobachtung der Verfassung.

I.

Begriff des richterlichen Eides auf die Beobachtung der Verfassung.

Die jetzt geltenden deutschen Verf.-Urkunden lassen sämmtliche Staatsdiener beschwören:

Preußen. Art. 100., gewissenhafte Beobachtung der Verfassung;

Bayern. X. 13; Beobachtung der Staatsverfassung;

K. Sachsen. §. 139. Beobachtung der Landesverfassung;

Württemberg. §. 45. Verpflichtung, die Verfassung gewissenhaft zu wahren;

Kurhessen. §. 38. Beobachtung der Landesverfassung;

Gr.-Hrzgth. Hessen. §. 109. Genaue Beobachtung der Verf.;

Luxemburg. Art. 114 Die Verf.; — Weimar, §. 65. Den Inhalt des gegenwärtigen Grundgesetzes und dessen Festhaltung; — Meiningen, §. 108. und Altenburg, §. 73. Beobachtung des Grundgesetzes; — Coburg und Gotha, §. 161. den Inhalt des Staatsgrundgesetzes und dessen Festhaltung; — Braunschweig, §. 154. Beobachtung der Gesetze und der Landesverfassung; — Oldenburg, Art. 199. die Verfassung; — Anhalt, §. 97. Treu und Gehorsam der Verfassung; — Schwarzburg-Rudolstadt, §. 48. treues Festhalten an den grundgesetzlichen Bestimmungen des Landes und die Beobachtung derselben; Reuß, j. L. §. 104. gewissenhafte Beobachtung der Landesverfassung; — Waldeck, §. 73. genaue Einhaltung der Verfassung.

(Fortsetzung folgt.)

XVII.

Ueber den Satz: „Publicum instrumentum non opus habet recognitionis“ und die eidliche Diffession öffentlicher Urkunden.

Von

Herrn Professor Dr. Renaud zu Heidelberg.

---

§. 1.

Einleitung.

Wenn die Beweiskraft einer Urkunde in materieller Beziehung von deren Inhalte abhängt, so ist jene in formeller Hinsicht durch die Aechtheit des Instruments (die veritas instrumenti) oder mit a. W. dadurch bedingt, daß dasselbe wirklich von dessen angeblichem Aussteller herrührt, daß die Autorschaft dieses letztern, oder die Authenticität des Documents in diesem Sinne feststeht. Denn allein unter dieser Voraussetzung kann selbstverständlich die Wahrnehmung des Inhalts der Urkunde durch den Richter den nämlichen Einfluß auf dessen Ueberzeugung haben, als ob er das Geständniß, Zeugniß oder die Disposition aus dem Munde des Bekennenden, Zeugen oder Disponenten gehört hätte. Ja es muß die Feststellung jener Aechtheit vor Allem geschehen, da sie nach dem Angedeuteten die Glaubwürdigkeit des Inhalts der Urkunde bedingt. Allgemeinen Proceßrechts-

grundsätzen zufolge liegt es aber dem Probanten ob, die Authenticität seiner Beweisurkunde darzuthun, sobald dieselbe von der Gegenpartei nicht gerichtlich anerkannt, wobei er letztere indessen unter Vorlage des Originals sub poena confessi anhalten kann, die Aechtheit des Instruments gerichtlich einzuräumen oder abzuleugnen, resp. mit Nicht-Wissen darüber sich zu erklären.

J. R. A. §. 39.

Guyet, Arch. für civ. Prax., B. 40, S. 163 flg.

Von diesen Grundsätzen formulirten jedoch schon ältere Processualisten eine Ausnahme in den Worten: „Publicum instrumentum non opus habet recognitionis."

Berlich, concl. practic. P. I. const. 81. no. 26. u. const. 44. no. 31.

Carpzow, defin. P. I. const. 17. def. 20.

Mevius, decis. P. IV. dec. 147. not. 9.

Sie giengen mit a. W. davon aus, daß der Producent einer öffentlichen Urkunde deren Authenticität, auch wenn diese vom Producenten nicht gerichtlich anerkannt, nicht zu beweisen brauche, indem sie diesen Satz einfach damit begründeten: „quoniam instrumentum publicum per se plenam fidem faciat satisque probet." Indessen war diese Meinung noch bei den Juristen des 17. Jahrhunderts keineswegs eine allgemeine, während sich selbst bei deren Vertretern, worauf später zurückzukommen, ein vielfaches Schwanken und ein Mangel an consequenter Anwendung des aufgestellten Grundsatzes zeigte.

Ein solches Schwanken findet sich aber auch in der heutigen Theorie. Während die Einen in Uebereinstimmung mit den angeführten ältern Processualisten sich schlechtweg dahin ausdrücken, daß öffentliche Urkunden einer Recognition nicht bedürfen,

Martin, Lehrb. §. 207 u. not. k;

Strippelmann, Beweis durch Schrifturkunden. II. S. 68 u. S. 104,

beschränken dies Andere auf solche öffentliche Instrumente, welche

die gesetzlich vorgeschriebenen, dem Richter notorischen Merkmale ihrer Authenticität an sich tragen.

Linde, Lehrb. §. 286.

Schmid, Handb. II. S. 295.

Noch Andere verlangen, daß das Instrument die äußern Kennzeichen der legalen Ausfertigung, insbesondre das entsprechende Amtssiegel, habe,

Gensler, Arch. f. civ. Prax. II. S. 320.

Bayer, Vort. S. 852 u. S. 785;

während nach einer anderweitigen Meinung das öffentliche Siegel schlechthin zu jenem Zwecke erfordert,

Glück, Erl. Bd. XXII. S. 33.

v. Gönner, Handb. II. S. 471.

v. Stolman, Theorie. §. 89.

oder die Anwendung jenes Grundsatzes auf gerichtliche mit dem Siegel unterlegte Urkunden, so wie auf solche, die vor Notar und Zeugen ausgestellt, beschränkt wird.

Claproth, ord. Proc. §. 242. —

Nach einer andern Fassung aber sollen in öffentlicher Form ausgefertigte, formell öffentliche Urkunden einer Recognition nicht bedürfen;

Martin, Vorles. II. S. 257;

Osterloh, ord. Proc. I. S. 423.

wogegen noch Andere endlich hier zwischen öffentlichen und Privaturkunden nicht unterscheiden, indem sie vielmehr den Satz aufstellen, daß, wenn eine Urkunde der gesetzlichen Kennzeichen der Aechtheit entbehre und diese vom Gegner bestritten werde, es am Producenten sei, dieselbe zu erweisen.

Heffter, Syst. §. 251. —

Man sieht, die Theorie schwankt bei Bestimmung der Urkunden, in Ansehung welcher, auch wenn sie vom Producten gerichtlich nicht anerkannt worden, der Producent mit dem Aechtheitsbeweise verschont bleiben soll, zwischen öffentlichen Instrumenten überhaupt und solchen, welche gewisse äußere Zeichen an

sich tragen, zwischen gewissen Arten öffentlicher Urkunden und Documenten, die, wenn sie auch keine öffentlichen sind, doch in öffentlicher Form ausgestellt, während endlich eine letzte Ansicht davon auszugehen scheint, daß eine Urkunde, ohne eine öffentliche oder in öffentlicher Form ausgestellte zu sein, doch einer Recognition möglicher Weise nicht bedürftig sein kann.

Allein auch in der Begründung der Regel, daß eine Recognition bei öffentlichen oder in öffentlicher Form ausgestellten Instrumenten nicht erfordert, findet sich keine Uebereinstimmung. Während sich die Einen, den ältern Processualisten folgend, hier auf den eine petitio principii enthaltenden Satz berufen, daß öffentlichen Urkunden schon an sich der entsprechende Glaube beiwohne,

Strippelmann, a. a. O. II. S. 104 a. E.

stützen die Andern jenes Princip auf eine Rechtsvermuthung der Aechtheit,

Bayer, Vort. S. 852; 951.

Martin, Vorl. II. S. 257.

welche andrerseits wieder ohne Versuch einer Construction desselben in Abrede gestellt wird.

Oesterley, das deutsche Notariat, Th. II. S. 643. not. 9.

Nicht besser wie in der Theorie sieht es hier aber in den neuern Proceßordnungen aus. Wie die einen nämlich den Satz aufstellen, daß öffentliche Urkunden keiner Recognition bedürfen,

Allg. Preuß. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 10. §§. 126 u. 131;

Sondershaus. Gesetz über Verbesserung u. Erläuter. des Civilprocesses v. 20. Febr. 1834. §. 98.

oder sich auch dahin ausdrücken, daß der Inhalt öffentlicher Urkunden überall nur durch die Nachweisung der Unächtheit oder Verfälschung derselben entkräftet werden könne,

Lippe-Detmoldt. Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigk. vom 12. April 1859. §. 54,

bestimmen andere, daß die Verneinung der Aechtheit einer in öffentlicher Form gehörig ausgestellten Urkunde Seitens des Producten derselben an sich, d. h. ohne Beweis der Fälschung, nichts von ihrem Werthe benehme;

Bad. Proc.-Ordn. §. 397.

wogegen es endlich Proceßgesetzgebungen giebt, welche, wie z. B. die Oldenburg., bezüglich des in Frage stehenden Punkts schweigen. —

§. 2.

Die Quellen.

Bei der angedeuteten Sachlage kann nun die Prüfung nicht umgangen werden, ob und inwieferne unsere Quellen den Producenten einer öffentlichen oder in öffentlicher Form ausgestellten Urkunde von dem Beweise der Aechtheit derselben, wenn diese weder von der Gegenpartei gerichtlich anerkannt, noch auch für anerkannt zu erachten, entbinden.

Zunächst giebt nun das römische Recht keinerlei Anhaltspunkte für die eine oder die andere der im vorigen §. angedeuteten Meinungen, und beziehungsweise deren nähere Bestimmung.

Insbesondere kann ein solcher nicht in der

const. 20. C. de fide instrum. (4. 21),

auf welche sich bereits ältere Processualisten für den Satz: „Publicum instrumentum non opus habet recognitionis" bezogen [1]), gefunden werden.

---

1) Z. B. Carpzow, def. P. I. const. 17. def. 20.

Den bestimmt dieses Gesetz zum Zwecke größerer Sicherstellung des Beweises durch comparatio litterarum, daß diese nur auf Grund einer solchen Vergleichungsurkunde geschehen könne, welche mittelst eines öffentlichen oder notariellen Zeugnisses als vom angeblichen Aussteller des diffitirten Documents herrührend bekundet, oder durch drei Zeugen mit unterschrieben sei, so spricht es nirgends aus, daß instrumenta publice confecta, d. h. publica u. forensia, einer Anerkennung nicht bedürften, oder mit a. W. auch in Ermangelung einer solchen ohne Weiteres für ächt zu erachten seien. Auch kann dies nicht um deßwillen als im Sinne des gedachten Gesetzes liegend betrachtet werden, weil dasselbe nur bezüglich der durch drei Zeugen mitunterschriebenen Vergleichungsurkunde bestimmt, daß zuerst deren Aechtheit festzustellen und dann die comparatio vorzunehmen sei, da die Constitution nur beiläufig des Gebrauchs der instrumenta publice confecta zum Zwecke der Schriftenvergleichung erwähnt, ihr nächster Zweck aber der ist, die Bedingungen festzusetzen, unter denen anderweitige Urkunden dazu sollten dienen können. Jedenfalls würde übrigens eine solche Folgerung zu weit gehen, da es nach römischem Rechte dem Producenten eines instrumentum forense zweifellos oblag, dessen Aechtheit darzuthun.

Nov. 73. cap. 7.

Daß aber weder diese Nov., cap. 1 u. 2, noch die const. 11. C. qui potiores (8. 17), oder die Auth.: si quis vult caute (daselbst), auf welche sich ebenfalls die ältern Processualisten hier beziehen,

Berlich, concl. pract. P. I. const. 44. no. 31;
Carpzow, defin. P. I. const. 17. def. 20.

den Satz anerkennen, öffentliche oder in öffentlicher Form ausgestellte Instrumente seien ohne Weiteres für ächt zu erachten, bedarf kaum der Erwähnung, da diese Gesetze auch nicht den mindesten Anhaltspunkt für eine derartige Auslegung darbieten.

Das Nämliche gilt aber auch von solchen römischen Gesetzes-

Stellen, auf welche sich Neuere, wie z. B. Strippelmann, a. a. O. S. 68 berufen.

Wenn insbesondere die const. 30. C. de donationib. (8. 53) von den zu den Acten eines Magistrats insinuirten Schenkungen sagt, daß sie „inconcussam ac perpetuam firmitatem“ haben sollen, so ist hier lediglich von der formellen Gültigkeit und Unanfechtbarkeit solcher Geschäfte, und nicht von der Aechtheit des öffentlichen die donatio enthaltenden Protocolls die Rede, die zwar natürlich hierbei vorausgesetzt wird, ohne daß jedoch über die Art und Weise, wie solche festzustellen, irgend eine Andeutung gegeben wäre.

Ebenso beziehen sich die Worte der

const. 31. C. l. cit.

„Nam superfluum est privatum testimonium, quum publica monumenta sufficiant“, mit welchen die Bestimmung motivirt wird, daß bei der Insinuation von Schenkungen die Zuziehung von Zeugen nicht erforderlich, auf die materielle Glaubwürdigkeit der öffentlichen Protocolle (acta, gesta), deren Richtigkeit einer Bestätigung durch Zeugen, die bei deren Aufnahme anwesend, nicht bedarf. Selbstverständlich ist hierbei vorausgesetzt, daß die die Schenkung bezeugende Urkunde ein von der öffentlichen Behörde aufgenommenes Protocoll, also ächt sei, indem sie sonst ein publicum monumentum nicht wäre, während von der Art und Weise, wie die in Zweifel gestellte Aechtheit solcher Acte herzustellen, sowenig wie von einer für diese sprechenden Präsumtion die Rede ist; — was endlich auch von der const. 6. C. de re judic. (7. 52) gilt. —

Ist hiernach in den röm. Rechtsquellen weder der Satz: „publicum instrumentum recognitione non eget“ ausgesprochen, noch auch angedeutet, daß der Producent einer öffentlichen oder in öffentlicher Form ausgestellten Urkunde deren Authenticität nicht zu beweisen brauche, vielmehr das Gegentheil hinsichtlich der instrumenta forensia, d. h. einer Art von Instrumenten, die, obwohl nicht publica, doch zu den publice confecta gehörten,

ausdrücklich bestimmt, so ist jener Satz ebensowenig im canonischen Rechte und insbesondere in

Cap. 2. de fide instrum. (2. 22),

wie ältere und neuere Processualisten meinen,

Seyfart, deutsch. Reichsproc. Cap. XIV. §. 12,
Bayer, Vort. S. 853,

gegründet. —

Denn es spricht diese Decretale von der Rechtsbeständigkeit und materiellen Beweiskraft (firmitatis robur) einer ein Zeugniß enthaltenden Originalurkunde, wobei sie in folgender Weise unterscheidet. —

Ist das Instrument eine Privaturkunde, so verliert es alle Bedeutung (Corruit instrumentum, wie es in der Summa heißt) durch den Tod der Zeugen, welche es unterschrieben, offenbar deßhalb, weil die scriptura privata an sich unbeweisend, dieselbe nur einen Anhalt für die Erinnerung der Zeugen bildet und daher irrelevant wird, wenn diese hinsichtlich des von ihnen Bezeugten nicht mehr gerichtlich vernommen werden können. Anders verhält es sich dagegen rücksichtlich der öffentlichen, d. h. der notarialischen, so wie der unter Amtssiegel ausgestellten Urkunden, welche ihre Beweiskraft so wenig durch den Tod der Zeugen als durch denjenigen des instrumentirenden Beamten, der ja auch ein Zeuge, verlieren. In der That ist hier sonach von der Aechtheit der Urkunden nicht die Rede und sagt die Stelle hinsichtlich der öffentlichen Instrumente nichts Anderes, als was schon das Römische Recht in Betreff der monumenta publica oder gesta bestimmte, nämlich daß deren materielle Beweiskraft nicht durch die Bestätigung ihres Inhalts mittelst Zeugen bedingt und daher auch vom Tode des instrumentirenden Beamten unabhängig sei; nur sind hier nach der Entwickelung des Notariats, wie sie sich seit dem 11. Jahrh. festgestellt hatte, die notariellen Instrumente schlechtweg als öffentliche behandelt. —

Bei dieser Sachlage hat man nun die Grundlage des Satzes, daß öffentliche Urkunden einer Recognition nicht bedürfen, im

ältern germanischen Rechte finden wollen, indem man behauptete, nach diesem hätten Urkunden der Könige, so wie diejenigen, welche vom placitum palatii ausgegangen, auch wohl Urkunden der Grafen und Centenarien, an sich Beweiskraft gehabt, und sei dem Gegner des Beweisführers der Beweis der Unechtheit geblieben. —

Pardessus, loi salique. p. 635.

Ortloff, jurist. Abh. Bd. I. S. 1. —

Indessen findet diese Meinung in den Quellen keine Unterstützung. Vielmehr galten nach älterm germanischen Rechte Urkunden jeder Art, auch ohne ausdrückliche Anerkennung, so lange als ächt, als nicht deren Unächtheit vom Producten behauptet war. War dies aber geschehen (falsare chartam, in dubium vertere scripturam), so lag es dem Beweisführer ob, die Aechtheit des Instruments darzuthun, (testamentum idoneum, chartam idoneam confirmare, chartam idoneare, veritatem scripturae probare), was mittelst des Cancellarius oder Schreibers, der die Urkunde aufgenommen, oder der Urkund-Zeugen, und nach dem Tode dieser Personen regelmäßig durch Schriftenvergleichung geschah. Dies erkennt die lex Ripuarior. tit. LIX. ausdrücklich bezüglich der gerichtlichen, die lex Wisig. lib. II. tit. 5. §. 15 hinsichtlich aller Urkunden an, während in Cap. lib. V. 368 allgemein der Satz aufgestellt wird: „Si quis scripturam profert, veritatem ejus testibus probare debet, quia in omnibus causis constitutum est, ut scripturam prolator adfirmet.“

V. auch Sachsse Beweisverf. S. 124 flg.

Einen Unterschied also in Betreff der Feststellung der Aechtheit machte das ältere germanische Recht zwischen den verschiedenen Arten von Urkunden nicht, und namentlich läßt sich die entgegengesetzte Meinung nicht auf lex Rip. tit. LX. 6. stützen, woselbst lediglich auf die grundlose Anfechtung der Authenticität einer Königl. Urkunde eine höhere Strafe gesetzt ward.

Wo freilich Zeugenbeweis nicht gestattet und Jemand auf Grund einer andern wie einer gerichtlichen Urkunde belangt wurde,

konnte der Beklagte, ohne die Aechtheit dieser letztern unmittelbar zu bestreiten, der Forderung mit seinem Eide entgehen „det he der unsculdich si," während erst seit dem 14. Jahrhund. der Eid auf die Aechtheit des Documents gerichtet wurde „he ne hebbe des breves nicht gheyheven", (Diffessionseid).

Goslar. Statut. b. Göschen, S. 71.
Culmer Recht (b. Leman) III. 74.
Schöffenrecht der Dresden. Handschrift (II.) bei Wasserschleben I. S. 87. cap. 63. — Ortloff, a. a. O. S. 8 flg.

Wenn nun nach den Quellen des 14. Jahrhunderts der Diffessionseid lediglich in Beziehung auf Brief und Siegel des Producten vorkam, so läßt sich hieraus nicht folgern, daß nach dem mittelalterlichen Rechte die Authenticität öffentlicher Urkunden an und für sich feststand; denn es lag der Grund jener Beschränkung darin, daß der Beklagte in Beziehung auf fremde Handlungen, für die er einstehen mußte, sich nicht durch den Unschuldseid losschwören konnte, (Sachssp. I. 6. §. 5.)

Mein Auff. im Arch. f. civ. Praxis Bd. 43. S. 157;

weßhalb denn auch der aus diesem letztern Eide hervorgegangene Diffessionseid nur in Betracht solcher Urkunden stattfand, welche angeblich von Probaten selbst herrührten, nicht aber hinsichtlich anderweitiger öffentlicher oder Privat-Instrumente.

Auch sonst aber ist im mittleren deutschen Rechte nirgends ein Unterschied rücksichtlich der Feststellung der Aechtheit der öffentlichen und der Privaturkunden ausgesprochen.

Dagegen Ortloff, a. a. O. S. 4. (§. 2.)

Insbesondere ist dies nicht im Sachsensp. III. 34. §. 1. geschehen, woselbst lediglich gesagt ist, daß der Geächtete, der sich vor Gericht stellen wolle, des Königs Brief und Siegel mitbringen solle, worin dem Richter zu wissen gethan sei, daß er der Acht ledig, während von dem Falle einer Beanstandung der Aechtheit einer solchen Königl. Urkunde keine Rede ist. Letzteres gilt auch von Sachsensp. III. 64. §. 1, wonach lediglich die Fürsten

für verpflichtet erklärt werden, der mittelst Königl. Briefs und Siegels stattgehabten Entbietung zum Reichs- und Hofdienste nachzukommen, und nicht weniger von Sachsensp. III. 42. §. 3.

Auch weit spätere Gerichtsordnungen aber, wie z. B. die Solmser Gerichtsordn. vom Jahre 1571 Th. I. Tit. 26. §. 1 und §. 3 stellen ganz allgemein das Princip auf, daß, wenn der Kläger seine Klage oder der Beklagte seine Gegenwehr „durch Instrument, Handschriften, Briefe und Siegel, Register" beweisen wolle, der Gegentheil anzuhalten sei „dieselben Ge„schriften und Insiegeln oder Pittschaften zu agnosciren, das ist „zu besichtigen, und sich darauf, ob er die Geschrift, auch Insiegel „oder Pittschaft, glaube deren seyn, so darinnen vermeldt, „zu erklären"; — daß aber, wenn derselbige Theil solche wider „ihnen in Kraft der Beweisung eingebrachte Brief, Siegel, „Schriften oder andere Urkunden verneinen und nicht vor gerecht „und glaubwürdig erklären wollen", — „dieselben zur Beweisung „nicht vor genugsam geachtet noch angenommen werden, es sei „denn, daß durch den Producenten weiter beigebracht und be„wiesen werde, daß sie gerecht und aufrichtig seyen"; womit die Churmaynz. Unterger.-Ordn. von 1755 Tit. V. übereinstimmt.

§. 3.

Die Lehre.

Wenn der Satz, daß die Aechtheit öffentlicher Urkunden oder gewisser Arten derselben oder doch der in öffentlicher Form ausgestellten Instrumente an sich feststehe und demnach eines Beweises durch den Producenten, auch in Ermangelung einer gerichtlichen Anerkennung von Seiten der Gegenpartei, nicht bedürfe, eines jeden quellenmäßigen Grundes entbehrt, so ist derselbe ebensowenig bei den mittelalterlichen Juristen, wie Tancred und Durantis zu finden, und haben sich auch Spätere hier auf den Speculator

berufen, so beziehen sich die Worte der angezogenen Stelle (lib. II. Part. 2 de instr. edit. §. 8 Restat no. 1 und 6): „Creditur „enim publico (instrumento) sine aliquo alio adminiculo" lediglich auf die materielle Beweiskraft, die Glaubwürdigkeit solcher Urkunden. Aehnliches gilt von dem noch öfter hier angerufenen Bartolus, welcher ad leg. 18 quum precibus C. de probat. (4. 19) nur den Grundsatz aufstellt: Praesumitur verum quod continetur in instrumento, nisi probetur contrarium", während er ad leg. 11 Scripturas C. qui potior. in pignore (8. 17) von dem Umfange der Beweiskraft der scripturae privatae und quasi publicae handelt.

Allein noch weit spätere Processualisten, wie Maranta († 1530) speculum aureum und Rotschitz Processus juris (Leipz. 1529) wissen von Eigenthümlichkeiten der öffentlichen Urkunden in Ansehung der Aechtheit nichts, indem jener (P. VI. de inquisitione no. 189) ganz allgemein den Satz aufstellt: „Inquirit judex de veritate instrumenti producti in judicio", dieser (Th. I. art. 32) zwischen schlechten Schriften, darzu keine offene Hand kommen, und solchen, die mit der offenen Hand eines offenen Notars geschrieben, mit dessen Namen, gewöhnlichem Zeichen und Zeugen bekräftigt, unterscheidet, ohne jedoch auf die Authenticität der Urkunden einzugehen; während Chil. König Processus und Practica der Gerichtsleufft (1541), Cap. XCI. von der schriftlichen Beweisung und Urkunde, indem er den Privat- oder Einlitz-Schriften die gerichtlichen und die Notariatsinstrumente entgegensetzt, rücksichtlich der letztern erklärt:

„Aber wo es bey leben des offen Notarien in einen „Zweifel gestellet würde, ob der offenbar Schreiber, „darinnen geschriben, das instrument gemacht oder „nicht, so müste er furgestellet und befraget werden, „darinne würde seiner schlechten aussage gegleubet."

Bis zur Mitte des 16. Jahrhunderts finden sich also in der

Doctrin noch keine Spuren des Axioms „Publicum instrumentum non opus habet recognitionis.“

Wohl aber treten uns solche in der zweiten Hälfte des besagten Jahrhunderts entgegen.

Zwar dürfte hierher kaum die Aeußerung Mynsinger's in den Consilia juris, deren Vorrede im Jahre 1574 geschrieben, (Decad. V. resp. XLIII. no. 26.) „quod instrumentum verum praesumitur, donec probetur contrarium“ zu rechnen sein, da die Bezugnahme auf Bartolus ad l. quum precibus C. de probat. nach dem früher Bemerkten darauf hinweist, daß dieser Satz nur von dem Inhalte der Urkunden gemeint war. —

Wohl aber finden wir bei Wesenbec tractat. et respons. (1584) nicht allein, unter Bezugnahme auf Bartolus zu der angezogenen Stelle, ausgesprochen: „quod instrumentum verum praesumitur, donec probetur contrarium“ (P. I. cons. XI. no. 13), sondern die unzweideutige Erklärung: „Ex instrumento publicq tres oriuntur praesumtiones, primo, quod sit verum; secundo, quod sit solemne; tertio, quod omnia in eo conscripta sint vera et ita gesta ut in terminis . . . .“ P. I. cons. XXVIII. no. 27), während er sich im Weitern (P. I. cons. XII. no. 3) äußert: „ . . . quod sigillum (civitatis) etiam ipsum instrumentum publicum facit, . . . sic ut ei plene credatur . . . et praesumatur appositum voluntate ejus, cujus est Sigillum.“

Während nun auch Menochius de praesumtionibus (1590) lib. III. praes. 122. no. 4 den Satz aufstellte: „Publice confectum instrumentum praesumtionem veritatis habere dicitur“, findet sich bei Colerus de processib. executiv. eine andere Lehre. Zwar besagt dieser Schriftsteller (Pars. III. cap. 8. no. 18. 19), daß nur bei scripturae privatae der Product angehalten werden könne, sich über deren Aechtheit zu erklären: „Secundum ea, quae notavimus, . . . ex quo publicum instrumentum absque omni requisitione plenam fidem facit;

allein in dem frühern Theile seiner Schrift, auf welchen er verweist (P. III. cap. 1. no. 88 flg.), ist zunächst von der materiellen Beweiskraft der öffentlichen Urkunden die Rede, in Ansehung der Authenticität derselben dagegen bemerkt: „si vero „negetur instrumentum scriptum a Notario vel Officiali, vel „alia persona publica, citandus est Tabellio vel Officialis, „ut deponant, utrum confecerint istam scripturam, et eorum „dicto stabitur.“ Wenn demgemäß dem Producten die Recognition einer öffentlichen Urkunde nicht obliegen sollte, so hielt dessenungeachtet Colerus den Producenten für verbunden, die Aechtheit eines solchen Instruments, falls sie bestritten wurde, darzuthun, eine Lehre, die offenbar ihren Grund darin hatte, daß dieser Processualist nicht ausreichend zwischen Aechtheit und Glaubwürdigkeit unterschied und in der Recognition von Hand und Siegel auch eine Anerkennung des Inhalts der Urkunde fand.

So läßt sich denn billig bezweifeln, ob Rulant de commissariis (1604), indem er seine Behauptung (P. II. lib. V. cap. 39. no. 22): „Si enim publicum producatur instrumentum idque recognosci petatur, petitioni non dabit locum (sc. commissarius.) Publicum enim instrumentum non opus habet recognitionis“ außer auf Bartolus auf Colerus stützte, in der That in Abweichung von diesem letztern den Producenten einer öffentlichen Urkunde mit dem Beweise der bestrittenen Authenticität derselben verschonen wollte.

Jedenfalls war Ummius disputationes ad processum judiciar. directae (1612) einer andern Meinung, da er die Aechtheit der instrumenta forensia durch den Notar und die Urkunds-Zeugen beweisen lies, (disp. XVII, VI. no. 26), von den instrumenta publica, zu welchen er die acta judicialia, die libri censuales, die scripturas ex Archivis depromtas aut publico sigillo signatas so wie die privilegia zählte, dagegen äußerte: „. . . (Eorum) auctoritas nemini non spectata esse debet. Sed nec facile in dubium vocari potest. Et si maxime in dubium vocaretur, ipsis tamen sola comparatione

literarum fidem fieri, communiter receptum est (disp. XVII. VI. no. 25).

Hiergegen stellte Berlich conclus. practic. (1614) wieder den Satz auf (P. I. concl. 44. no. 31.) „Publicum instrumentum recognitione opus non habet, quoniam illud per se plenam fidem faciat satisque probet, unter dem Beifügen, daß derselbe in Sachsen nicht befolgt werde, wobei er, obwohl auf Colerus und Rulant nebst dem Speculator und Menochius sich berufend, allerdings von der Ansicht ausgegangen zu sein scheint, daß die Aechtheit einer öffentlichen Urkunde ohne Weiteres feststehe, da er (P. I. concl. 81. no. 26) von einer solchen bemerkt: „et executioni mandari potest absque omni recognitione."

Bei Mascardus († 1630) Conclusiones probationem herrscht aber die größte Verwirrung. Zwar behauptet er (Concl. DCCCCVI. no. 1): „Instrumentum praesumitur „verum, validum et solemne", indem er sich (Concl. MCV. no. 21. näher dahin ausspricht: „Ex instrumento publico tres „oriri praesumtiones, quod sit verum, solemne et omnia „verba prolata ab eo probata a partibus censeantur"; dessenungeachtet erklärt er jedoch von den Notariatsurkunden „At si „vivat adhuc notarius, vocandus erit ad testandum, scrip- „serit nec ne illud instrumentum, nec quod dixerit, ab eo „erit recedendum (Qu. VI. no. 76), und später: „nec instru- „mento debet haberi fides nisi constet scriptum fuisse manu „notarii de eo rogati, juxta sententiam Alex. in consiliis, „qui inquit, quod cum notarius, qui dicitur recepisse instru- „mentum, non superest, sed e vita migravit, debere fieri „probationem per comparationem litterarum, id est illam „scripturam, ex qua erat sumtum illud instrumentum, fuisse „conscriptam manu notarii, qui ipsum instrumentum receperit. „(Concl. IV. no. 9 seq.)"

Dagegen scheint Carpzow defin. (1638) allerdings den von ihm wiederholten Satz: „Publicum instrumentum recog-

nitione opus non habet“ dahin verstanden zu haben, daß eine öffentliche Urkunde auch ohne gerichtliche Anerkennung als ächt zu betrachten „modo adsint solemnia instrumenti publici“ (P. I. const. 17. def. 20), womit auch Mevius decis. (1664) übereinstimmte (P. IV. dec. 391 und dec. 147. not. 9). Allein andrerseits äußerte sich Schilter Prax. jur. rom. (1675—1680) einfach dahin (Exercit. XXXV. §. 18): „Instrumentorum etsi alia publica auctoritate pollant, alia privata sint duntaxat, ... utrumque tamen genus produci potest, eorumque recognitio peti ...“ Von Stryk usus modern. Pandect. (zuerst 1690) lib. XXII. tit. 4. §. 4. wurde aber wieder gelehrt: „Cum .. de jure communi recognitio hoc potissimum faciat, ut sua instrumento stet fides et veritas, ita facile patet, illam non requiri in instrumentis publicis, quae per se jam plenam fidem habent; während Lauterbach colleg. theor. practic. (1690) lib. XXII. tit. 4. §. 54. sich unter Berufung auf Berlich, Mascardus, Carpzow und Mevius bestimmter dahin äußerte: „Communiter dicitur, ex instrumento publico tres oriri praesumtiones, quod sint vera, solemnia et omnia verba prolata a partibus prolata censeantur.“

Unbestimmt wieder erklärte sich Wernher select. observat. (1710) P. III. obs. 135. no. 1. in den Worten: „Equidem pro quolibet documento, inprimis publico et cui Principis auctoritas accessit, praesumtio et solemnitatis et veritatis militat“, wiewohl sich aus dem Zusammenhange der Stelle zu ergeben scheint, daß er unter der veritas instrumenti lediglich die Richtigkeit des Inhalts desselben verstand; während Seyfart teutscher Reichsproc. (1738) S. 235 meinte, nach dem jus commune bedürften die instrumenta publica keiner Recognition, „weil sie plene bewiesen und nicht eidlich diffitirt werden könnten“ und Hofmann teutsche Reichspraxis (1765) §. 580 bezeugte, die öffentlichen Urkunden wirkten einen völligen Glauben und sei nach der Reichspraxis nicht nöthig, daß sie erst von den Parteien anerkannt würden.

Sollen wir nun das Resultat dieser dogmengeschichtlichen Ausführungen zusammenstellen, so ergiebt sich daraus, daß der Grundsatz, es sei die Aechtheit einer öffentlichen Urkunde, auch wenn diese vom Producten nicht gerichtlich anerkannt, ohne weiteres als feststehend zu betrachten, sich zuerst bei den Processualisten des Endes des 16. Jahrhunderts vorfindet, daß er aber auch im 17. Jahrhundert in der That nichts, weniger wie eine allgemeine Anerkennung erlangt hatte; — indem die Schriftsteller, auf die sich Spätere für jenes Princip berufen, theils dasselbe ignorirten, theils, wenn sie es auch Andern nachgesprochen hatten, damit direct unverträgliche Sätze aufstellten. Es ergiebt sich aber ferner aus der Art und Weise, wie die fragliche Regel begründet wurde, aus den Quellen-Stellen und Gewährsmänner, auf die man sich hierfür bezog, so wie aus der Motivirung „quoniam instrumentum publicum per se plenam fidem faciat satisque probet", daß das Princip in Wirklichkeit aus einer Verwechslung der vollen Glaubwürdigkeit (plena fides) der öffentlichen Urkunden und der dafür sprechenden Vermuthung mit deren Aechtheit und einer praesumtio veritatis instrumenti, so wie aus der hiermit zusammenhängenden Meinung, daß die Recognition einer Schrift sich auf deren Inhalt beziehe und deßhalb nur bei Privatdocumenten erforderlich sei, entstanden war. Auch bei den Juristen des 18. Jahrhunderts findet sich aber diese Verwechslung der Authenticität und der materiellen Beweiskraft der Urkunden, während die neuere Theorie, obwohl in einem solchen Irrthume nicht mehr befangen, in der in Frage stehenden Lehre, wie aus §. 1 ersichtlich, zu keiner Uebereinstimmung oder nur allgemeiner anerkannter Meinung gelangt ist.

§. 4.

Die Natur der Sache.

Ist nach den vorstehenden Ausführungen der Grundsatz, daß öffentliche, oder wie Neuere auch sagen, in öffentlicher Form

ausgestellte Urkunden, ganz abgesehen von einer gerichtlichen Anerkennung ihrer Authenticität durch den Producten, ohne Aechtheitsbeweis des Producenten als ächt zu betrachten, weder in unsern Quellen begründet, noch auch durch eine communis opinio anerkannt, und kann dafür ebensowenig, wie aus den Schriften der Practiker sich ergiebt, ein fester Gerichtsgebrauch dargethan werden, so erübrigt nur noch die Prüfung, ob und inwiefern jenes Princip aus der Natur der Sache sich nachweisen läßt. —

Indem aber zu diesem Zwecke von dem Begriffe einer öffentlichen Urkunde ausgegangen werden muß, läßt sich derselbe im Allgemeinen dahin bestimmen, daß diese eine Schrift ist, welche ein von einer öffentlichen Behörde oder einem öffentlichen Beamten über amtliche Wahrnehmungen in officieller Weise ausgestelltes Zeugniß enthält. Hiernach bestimmt sich denn die Eigenschaft eines Instruments als eines öffentlichen zunächst durch ein doppeltes Moment, einmal durch den Character des Ausstellers, und dann durch den Inhalt der Urkunde, zu welcher doppelten Voraussetzung endlich noch gewisse Formrequisite hinzukommen, insoferne nämlich als das Gesetz für die officielle Ausstellung eines Attestes der betreffenden Art gewisse äußere Formen erfordert.

Soll nun eine öffentliche Urkunde ohne Weiteres und bis zum Beweise der Fälschung als ächt gelten, so kann sich eine solche Eigenthümlichkeit offenbar weder auf den Character des Ausstellers, noch auf den Inhalt der Schrift gründen; auf jenen deßhalb nicht, weil es eben fraglich, ob die Urkunde wirklich von der öffentlichen Person herrührt, welche daselbst als Aussteller bezeichnet ist, und es absurd wäre zu behaupten, daß ein Instrument um deßwillen als authentisch zu betrachten, weil es eine persona publica als seinen Autor nennt. Ebensowenig vermag sich aber jene Eigenthümlichkeit an den Inhalt der Schrift anzuschließen, da dieser ja in der nämlichen Weise in einer Privatschrift vorkommen kann.

Soll demnach eine öffentliche Urkunde ohne Weiteres als ächt zu betrachten sein, so kann sich diese Eigenthümlichkeit nur auf

deren äußere Form gründen. Ist dies aber der Fall, so läßt sich nicht einsehen, warum es bei der Präsumtion der Aechtheit einer Scriptur auf deren Inhalt ankommen, warum eine solche Vermuthung z. B. nicht bei einer Urkunde stattfinden sollte, welche in der für Notariatsinstrumente erforderlichen Form in einer Sache ausgestellt, in welcher der angebliche Aussteller (Notar) als Zeuge unfähig wäre, obwohl ein solches Instrument kein öffentliches ist.

Oesterley, Notariat, II. S. 247 flg.

Seuffert, Arch. Bd. V. no. 73.

Hieraus ergiebt sich die Unrichtigkeit des Satzes, daß öffentliche Urkunden einer Recognition nicht bedürfen, (vergl. auch Endemann Arch. f. civ. Prax., Bd. XLIII. S. 21), und scheint hiernach die Fassung den Vorzug zu verdienen, wonach bei den in öffentlicher Form ausgefertigten Instrumenten die Authenticität zu präsumiren ist.

Allein auch gegen diese Formulirung des Princips erheben sich von vorn herein Bedenken, weil in der That die Form der öffentlichen Urkunden je nach den verschiedenen Arten derselben eine sehr verschiedene ist, und sich auch, mit Ausnahme der Angabe von Zeit und Ort der Ausstellung, welche in der nämlichen Weise bei Privatscripturen vorkommen kann und an sich nicht geeignet ist, die Präsumtion der Aechtheit eines Instruments zu begründen, die Requisite für die Ausfertigung einer Urkunde in öffentlicher Form nicht allgemein bestimmen lassen. Denn selbst die Unterschrift des Ausstellers ist bei öffentlichen Urkunden, wie z. B. den Einträgen in den Kirchenbüchern, nicht immer nöthig,

Seuffert, Arch. Bd. XIII. no. 292,

während die Untersieglung mit dem Amtssiegel, welche nach germanischer Rechtsansicht die officielle Ausstellung des Zeugnisses bekundet und daher dem Instrumente seine materielle Glaubwürdigkeit verleiht,

Sachsensp. III. 34. §. 1;

Schwabensp. (Laßb.) §. 159;
Kaiserrecht. II. cap. 27;
Beaumanoir cout. de Beauvoisis (Beugnot) cap. I. no. 40; cap. XXXV. no. 23. 24; cap. XXXIX. no. 70. 71;

bei den Acten, welche im Archive der Behörde deponirt bleiben sollen, nicht erfordert,

Wetzell, Syst. S. 149. not. 72,

und sonst auch nicht unbedingt zur Form einer öffentlichen Urkunde gehört.

Seuffert, Arch. B. VIII. no. 320.

Hiernach muß denn auch der Satz, wonach die in öffentlicher Form ausgefertigten Instrumente ohne Weiteres für ächt zu erachten und dem Producten nur der Beweis der Fälschung übrig bleibt, als unrichtig bezeichnet werden. So ist z. B. ein blos vom Gerichtsboten unterschriebenes Insinuations-Document eine öffentliche Urkunde, und beziehungsweise eine solche, die in öffentlicher Form ausgestellt, da sie die äußern Requisite an sich trägt, welche für öffentliche Atteste der betreffenden Art gesetzlich erfordert sind. Da sich aber diese Form in nichts von derjenigen einer Privatscriptur unterscheidet, so kann sich auch an dieselbe nicht mehr und nicht weniger wie an die äußere Erscheinung einer gewöhnlichen Privaturkunde eine Präsumtion der Aechtheit knüpfen.

Denkbar ist nun allerdings, daß eine Urkunde gewisse öffentliche Formen, d. h. solche Formen, wie sie legaler Weise nur bei Urkunden öffentlicher Personen vorkommen können, an sich trägt, welche deren Aechtheit bekunden; daher denn, wie früher bemerkt worden, manche Processualisten die von ihnen statuirte Präsumtion der Aechtheit an das Amtssiegel schlechtweg oder doch vorzugsweise knüpfen. Allein es irren diese Schriftsteller darin, daß sie diese Vermuthung auf öffentliche Instrumente beschränken, während eine Urkunde ohne diesen Character zu haben, unter Amtssiegel ausgefertigt sein kann.

Auch ist es ferner möglich, daß die Authenticität einer Urkunde durch äußere derselben anhaftende Kennzeichen, welche sie zu einem sogenannten formell öffentlichen Instrumente nicht machen, mit Sicherheit indicirt ist. — Welche Kennzeichen nun, mögen sie den Character öffentlicher Formen haben oder nicht, eine solche Wirkung haben, daß sie eine gerichtliche Anerkennung der Urkunde überflüssig machen, ist eine quaestio facti, die in einzelnen Anwendungen geprüft werden soll. — Denn so wenig der Satz begründet, daß öffentliche oder in öffentlicher Form ausgestellte Urkunden einer Recognition nicht bedürfen, so wenig giebt es gesetzliche Kennzeichen der Aechtheit eines Instruments, wie Heffter meint. Hieraus ergiebt sich aber auch die Verwerflichkeit der Ansicht, welche eine Rechtsvermuthung für die Authenticität gewisser Urkunden statuirt, da es unsern vorstehenden Erörterungen zufolge an einem Rechtssatze fehlt, welcher an gewisse gesetzlich bezeichnete Prämissen die Folgerung der Aechtheit eines Instruments knüpfte.

An die Stelle des Princips: „Publicum instrumentum non opus habet recognitionis“ glauben wir vielmehr den andern Satz setzen zu dürfen, daß eine Urkunde, eine öffentliche wie eine Privaturkunde, gewisse Kennzeichen an sich tragen kann, welche, mögen sie sich als Formen öffentlicher Beurkundung qualificiren oder dieses Characters entbehren, durch Augenschein des Richters festgestellt die Prämissen einer richterlichen Schlußfolgerung auf die Authenticität des Documents bilden können.

Zu solchen Kennzeichen, von denen hier nur einzelne der wichtigern besprochen werden sollen, gehören vor allem die Siegel, mit welchen nach deutscher Sitte Urkunden untersiegelt zu werden pflegen.

Schwabensp. (Laßb.) §§. 36. 159. 313. II. 369. I.
Deutsch. Spiegel. §. 36.
Alt. Kulm. Recht, (b. Leman) S. 189, LXIV.
Spangenberg, Urkundenbew. I. S. 234 flg.

Soll jedoch ein Siegel geeignet sein auf die Aechtheit der

Urkunde, der es anhaftet, schließen zu lassen, so muß es der Natur der Sache nach eine doppelte Eigenschaft vereinigen. — Einmal muß dasselbe ein kenntliches, d. h. ein solches sein, aus welchem die Person, welcher es angehört, ersichtlich, oder dessen Eigenthümer dem Richter von Amtswegen bekannt. Dann muß es ferner ein solches sein, dessen ausschließlicher Gebrauch und beziehungsweise sorgfältige Verwahrung dem Siegelführer zur Pflicht gemacht ist,

J. H. Böhmer, dissert. de jure et auctoritate sigilli authentici, cap. II. §. 6.

Beaumanoir cout. de Beauvoisis. cap. I. no. 40,

da nur unter dieser Voraussetzung ein unberechtigter Gebrauch oder eine Fälschung des Siegels schwierig und unwahrscheinlich ist.

Diese doppelte Eigenschaft vereinigen aber namentlich die Amtssiegel der öffentlichen Behörden und Beamten, so wie diejenigen der Notarien, welche die Praxis den Signeten derselben substituirt hat,

Oesterley, Notar. I. S. 562;

Wetzell, Syst. S. 147.

nicht weniger diejenigen öffentlicher Corporationen, wie z. B. der Städte, Universitäten, Domcapitel; Siegel, welche man mit der Bezeichnung „Sigilla authentica" zusammenfaßt, . . (seaus autentiques et bien connus, wie Beaumanoir lib. II. cap. 35. no. 25. sagt):

Höpping, de sigillor. prisco et novo jure (Norimb. 1642) cap. IV. no. 41 sqq.,

während jenes von Privatsiegeln nicht gilt, von denen schon Wesenbec, tract. & resp. P. I. cons. XI. no. 36 sqq. bemerkte: „Sigilla privatorum facile surripi et ab alio, invitis iis, quorum sunt, apponi possunt et solent."

Indem nun der Richter aus dem der Urkunde anhaftenden Siegel ersieht, daß dasselbe dem angeblichen Aussteller des Instruments angehört, schließt er aus dieser Thatsache, ferner aus dem Rechtssatze, daß der Siegelführer ausschließlich zum Gebrauche

eines solchen Siegels berechtigt und zu dessen sorgfältiger Verwahrung verpflichtet, so wie endlich aus dem sich hieraus ergebenden Erfahrungssatze von der Schwierigkeit eines Mißbrauchs oder einer Fälschung eines sigillum authenticum, auf die Authenticität des Documents.

Kann sonach eine Urkunde um deßwillen, weil sie ein Amtssiegel an sich trägt, einer Recognition nicht bedürfen, so braucht sie zu diesem Zwecke, wie schon früher bemerkt worden, nicht ein öffentliches Instrument zu sein. — So ist eine sogenannte dispositive Urkunde an sich keine öffentliche (im civilproceß. Sinne), während sie, wenn sie die Verfügung einer öffentlichen Person, wie z. B. eines Domcapitels enthält, unter authentischem Siegel ausgestellt sein und der Product ohne weitern Aechtheitsbeweis von Seiten des Producenten in der Lage sein kann, den Beweis zu übernehmen „adulterinum vel furtivum esse sigillum.“

cap. 5. X. de probat. (2. 19.)

Selbstverständlich ist jedoch ein solcher Schluß auf die Authenticität des Instruments dann nicht möglich, wenn das Siegel unleserlich, so wie er auch durch eine anderweitige Beschaffenheit von Siegel oder Urkunde ausgeschlossen werden kann. Dies wird z. B. der Fall sein, wenn das Siegel in einem Stoffe ausgeprägt, dessen sich der berechtigte Siegelführer bei Siegelungen nicht zu bedienen pflegt, oder der Augenschein darthut, daß das Siegel von einer ältern Urkunde abgenommen und auf die vorliegende gesetzt worden, oder daß es an einer außergewöhnlichen Stelle angebracht, oder wenn dasselbe einem Notare angehörte, welcher notorisch zur Zeit des Datums der Urkunde bereits verstorben war. Ueberhaupt wird der Richter das Siegel sowohl als die Art und Weise, wie es der Urkunde angeheftet, zu prüfen haben, und je nach dem Ergebnisse dieser Prüfung die Aechtheit des Instruments daraus zu folgern oder auch nicht zu folgern im Stande sein.

Rutg. Rulant, de commissariis. P. II. lib. V. cap. 30.

Höpping, de sigillor. prisco & novo jure, cap. XII. §. 2.

J. H. Böhmer, de jure & auctoritate sigilli auth. cap. III. §. 6.

Ob aber die Präsumtion der Aechtheit, welche sich an ein authentisches Siegel knüpfen kann, dadurch bedingt ist, daß die Urkunde zugleich die angebliche Unterschrift der Person trägt, deren Siegel sie führt, oder eines Vertreters derselben, läßt sich weder allgemein bejahen, noch auch schlechtweg verneinen[2]; weil nach heutigem Rechte das Siegel die Unterschrift nicht immer ersetzt, während diese allerdings bei gewissen Urkunden, wie z. B. den Ausfertigungen der durch Spruchcollegien abgefaßten Urtheile, nicht üblich ist. Es wird hier demnach darauf ankommen, ob bei einer Urkunde der in Frage stehenden Art die Unterschrift des Ausstellers gesetzlich erfordert oder üblich, und ob deßhalb nicht deren Mangel, wo er auch die Ungültigkeit des Instruments nicht zur Folge hat, die Authenticität desselben verdächtigt.

Auch dem Auslande angehörige authentische Siegel können aber den inländischen Richter veranlassen, die Aechtheit einer Urkunde, ohne daß dieselbe diplomatisch legalisirt wäre, anzunehmen, da auch hier die angedeuteten Bedingungen eines Schlusses auf die Authenticität des Instruments gegeben sein können.

Seuffert, Arch. Bd. IX. no. 344.

Wie übrigens schon früher bemerkt worden, können, auch abgesehen von einem authentischen Siegel, einer Urkunde anderweitige Kennzeichen anhaften, welche einen sichern Schluß auf deren Aechtheit begründen.

Als ein solches Merkmal darf jedoch nicht die Hand des öffentlichen Beamten, der die Urkunde geschrieben oder wenigstens unterschrieben, bezeichnet werden, wie dies Manche mit Rücksicht auf das lediglich von der materiellen Beweiskraft der Instrumente handelnde cap. 2. X de fide instrum. (2. 22.) thun.

---

[2]) Letzteres thun: Leyser, med. ad pand. spec. 267 no. 2. Gesterding, Ausbeute. I. S. 236 a. E.

Z. B. Gesterding, Ausbeute, I. S. 236.

Denn kann auch die Hand eines gegebenen öffentlichen Beamten dem Richter amtlich bekannt sein, so ist doch die Fälschung der Unterschrift einer solchen Person gerade so möglich wie diejenige einer Privatunterschrift, und der Richter hier so wenig im Stande aus den Schriftzügen die Aechtheit der Urkunde zu entnehmen, als diese nach der richtigen Ansicht durch Zeugen, welche der Ausstellung des Documents nicht beigewohnt, dagegen die Hand des angeblichen Ausstellers kennen, (mittelst der sogenannten recognitio documentorum per testes) festgestellt zu werden vermag.

Wohl aber können anderweitige äußere Merkmale bei einer Urkunde sich vorfinden, welche eine Vermuthung für deren Aechtheit zu begründen im Stande sind, — Merkmale, welche sich nicht in erschöpfender Weise aufzählen lassen, da es, wie schon früher bemerkt, gesetzliche Kennzeichen der Authenticität nicht giebt, es also eine reine Thatfrage ist, ob und inwieferne dieselbe aus einer gewissen äußern Beschaffenheit eines Documents gefolgert werden kann.

Um jedoch Beispiele zu geben, so vermag zweifellos die ein hohes Alter bezeugende äußere Erscheinung einer Urkunde in Verbindung mit der ganzen Anlage und der Art derselben, wie bei einem Lagerbuche, unter Umständen einen sichern Schluß auf deren Aechtheit zu begründen.

Eine solche Vermuthung wird sich aber ferner an die Thatsache knüpfen können, daß eine Scriptur integrirender Theil eines Urkunden-Complexes oder Buches ist, dessen ausschließliche Führung und sorgfältige Verwahrung einem öffentlichen Beamten zur Pflicht gemacht ist, wie dies z. B. hinsichtlich der von den Notarien zu führenden Register

R. N. O. v. 1512. Th. I. §. 5,

so wie der Pfarrbücher der Fall ist.

Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 1. u. cap. 2 de ref. matrim.

Ebenso wird auch die Aechtheit der Concepte gerichtlicher

Verfügungen, so wie der Partei-Schriften, die in gerichtlichen Acten enthalten, ohne Weiteres anzunehmen sei, nicht aber diejenige von Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche bei Gerichtsacten liegen, da solche schon gefälscht dazugekommen sein könnten.

Das Resultat dieser Erörterungen läßt sich dahin zusammenfassen, daß auch nach der Natur der Sache eine Vermuthung der Aechtheit öffentlicher Instrumente nicht besteht, wogegen eine Urkunde, welcher Art sie sei, solche äußere Merkmale an sich tragen kann, welche eine richterliche Schlußfolgerung auf deren Authenticität rechtfertigen; daß aber als solche Kennzeichen weder überhaupt die Formen öffentlicher Beurkundungen, noch auch bloß einzelne dieser Formen bezeichnet werden können.

§. 5.

Die angebliche Vermuthung der Aechtheit archivalischer Urkunden.

Wenn nach den vorstehenden Ausführungen die äußere Beschaffenheit einer Urkunde eine Vermuthung für deren Authenticität unter Umständen zu begründen vermag, so hat man eine solche Präsumtion ferner an die Thatsache knüpfen wollen, daß ein Document in einem öffentlichen Archive aufbewahrt werde, vorausgesetzt, daß diese Aufbewahrung sich aus einer ältern Zeit als derjenigen der ersten bekannten Veranlassung des Rechtsstreits, auf dessen Gegenstand sich die Scriptur beziehe, herschreibe;

Leyser, med. ad pand. spec. 266. med. 3.
Glück, Erl. Bd. XXII. S. 26.
Strippelmann, a. a. O. I. S. 359.

während ältere Processualisten sich unbestimmter dahin ausdrückten:

„Probationes seu libri ex archiviis publicis desumpti plenam fidem merentur.“

Berlich, P. I. concl. 36. no. 10.

Wenn man nun diese angebliche Vermuthung zunächst durch den Satz begründen will, daß der Archivar die Pflicht habe, die Aechtheit der Urkunden zu prüfen und kein unächtes Document aufzunehmen, so ist hiergegen schon von Andern mit Recht bemerkt worden, daß eine derartige Verpflichtung nicht bestehe und auch nach der Natur des Geschäftsgangs bei Archiven nicht stattfinden könne.

> Spangenberg, Arch. f. civ. Prax. B. II. S. 95 und (über die Gesch. der Archive) Lehre v. Urkundenbeweise Abth. I. S. 43 flg.

Allein auch die Gesetze kennen eine derartige Vermuthung nicht. Insbesondere hebt die Nov. 15. pr. u. c. 5 als die Bedeutung der Deposition einer Urkunde in einem öffentlichen Archive nur hervor, daß dadurch deren gänzliches oder theilweises Abhandenkommen, so wie auch deren Verfälschung für die Dauer der Aufbewahrung verhindert werde,

> Wetzell, Syst. S. 148.

während sie allerdings als eine falsche oder bereits verfälschte daselbst aufgenommen worden sein kann.

Wenn aber ferner die Nov. 49. cap. 2. §. 2 ein instrumentum „ex publicis archivis prolatum“ für geeignet erklärt die Grundlage einer Schriftenvergleichung abzugeben, so hat dies seinen Grund keineswegs darin, daß sich an die Thatsache der Entnehmung einer Urkunde aus einem öffentlichen Archive eine Präsumtion für deren Aechtheit knüpfte,

> dagegen Strippelmann, a. a. O. I. S. 345 flg. —

sondern vielmehr in dem Umstande, daß die Acten des Archivars die Deposition des Instruments durch den angeblichen Aussteller desselben bezeugen und dadurch dessen Authenticität herstellen.

> S. auch Nov. 73. cap. 7. §. 3.
> Asverus, commentarii ad const. 20 C. de fide instrum. p. 25 sqq.
> Derselbe: Progr. de probatione per documenta ex archivo desumta, Jenae 1842.

Wetzell, Syst. S. 148 und not. 70.

Ebensowenig spricht aber endlich cap. 13. X de praescriptionib. (2. 26) von einer Vermuthung der Aechtheit, welche sich auf die Thatsache stützte, daß eine Urkunde aus einem öffentlichen Archive entnommen,

dagegen Strippelmann, I. S. 346.

indem daselbst vielmehr von dem Verdachte der Verfälschung eines liber censualis die Rede ist, welcher vom Producten darauf gegründet wurde, daß das Lagerbuch nicht im päpstl. Archive, sondern in demjenigen eines Cardinals aufbewahrt worden war.

§. 6.

Die Natur des sich an die äußere Beschaffenheit gewisser Urkunden knüpfenden Aechtheitsbeweises, und die eidliche Diffession.

Verbleibt es hiernach bei dem früher ausgeführten Satze, daß eine Urkunde solche äußere Merkmale an sich tragen kann, welche deren Aechtheit herstellen, und demnach eine gerichtliche Anerkennung derselben durch den Producten ersetzen, während dagegen die wenn auch feststehende Thatsache, daß ein Document aus einem öffentlichen Archive entnommen worden, eine Vermuthung für dessen Authenticität nicht begründet, so bedürfen nunmehr der Character jener an gewisse dem Instrumente anhaftende Kennzeichen sich knüpfenden Feststellung der Aechtheit so wie die sich hieraus ergebenden Consequenzen einer nähern Prüfung.

Daß hier von einer Rechtsvermuthung nicht die Rede, ist schon früher gezeigt worden; ebensowenig kann man aber sagen, daß durch jene äußern Zeichen der Beweis der Aechtheit sogleich durch die richterliche Beaugenscheinigung und amtliche Notorietät geführt werde.

So Gensler Arch. f. civ. Prax. I. S. 60.

Durch den richterlichen Augenschein wird hier nämlich lediglich eine Prämisse festgestellt, wird ein aus Einem

Indicium oder aus mehreren Anzeigen zusammengesetzter Untersatz gewonnen, aus welchem mittelst künstlicher Schlußfolgerung die Authenticität des Instruments gefolgert werden kann.

Auch ist hier in der That der Producent der Urkunde von dem Aechtheitsbeweise nicht befreit; vielmehr führt er denselben in künstlicher Weise, indem er die Prämissen der von ihm dem Richter zugemutheten Schlußfolgerung durch richterlichen Augenschein darthut. Hierbei anticipirt er allerdings die ihm obliegende Beweisführung insoferne als er, bevor ihm der Beweis der Aechtheit auferlegt worden, mit der Vorlage der Urkunde in den derselben anhaftenden Kennzeichen die Prämissen seines künstlichen Beweises dem Richter unterbreitet. — Daß er aber nicht ausdrücklich auf Vornahme eines richterlichen Augenscheins anträgt, ist deßhalb irrelevant, weil ein solcher Antrag überall nicht nöthig, wo die Absicht der Parteien eine Thatsache durch richterliche Besichtigung feststellen zu lassen, aus actenmäßigen Vorgängen zweifellos sich ergiebt und auch über den Gegenstand der Augenscheinsaufnahme nach Lage der Sache kein Zweifel obwalten kann.

Uebrigens kann eine solche künstliche Beweisführung möglicher Weise zunächst nicht die Authenticität der Beweisurkunde selbst, sondern diejenige eines darauf bekundeten Zeugnisses der Aechtheit jener zum Gegenstande haben; wobei freilich die aus dessen äußern Merkmalen sich ergebende Authenticität des Attestes diejenige des Instruments nur dann angeben wird, wenn es seinem Inhalte so wie der Persönlichkeit des Attestirenden nach vollen Glauben verdient; wie z. B. eine Beglaubigung der Aechtheit der Beweisurkunde, welche von einem dazu berechtigten öffentlichen Beamten auf Grund eigener Wahrnehmung geschehen, oder das Zeugniß eines öffentlichen Archivars, daß ihm das Document von dessen angeblichem Aussteller zur Aufbewahrung übergeben worden. —

Wie richterliche Schlußfolgerungen überhaupt, so kann auch die in Frage stehende je nach Umständen entweder nur eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit für die processualisch relevante Thatsache, hier die Aechtheit der Urkunde, resp. des

Aechtheits-Attestes, begründen, oder deren juristische Wahrheit herstellen. Zwar wird, was dieses letztere Ergebniß anbetrifft, die Authenticität einer Scriptur sich kaum je mit absoluter Nothwendigkeit aus den Prämissen des richterlichen Schlusses ergeben; dessenungeachtet kann aber die Möglichkeit, daß das Instrument unächt, im concreten Falle als so gering erscheinen, daß die Folgerung aus der Beschaffenheit der Urkunde die volle richterliche Ueberzeugung von deren Aechtheit begründet.

Hat aber der Richter Zweifel bezüglich der Authenticität der Urkunde, wie z. B. bei einem unter dem Amtssiegel einer ausländischen Behörde ausgestellten nicht diplomatisch legalisirten Instrumente, so hat er dem Producenten den Beweis der Aechtheit aufzulegen.

Seuffert, Arch. Bd. IX. no. 344.

Dagegen wird er, wenn er den Beweis der Authenticität für geliefert erachtet, von einer solchen Beweisauflage abzusehen,

Planck, Beweisurth. S. 271,

jedoch dem Producten den Gegenbeweis nachzulassen haben, gleichgültig, ob derselbe im Productionstermine die exceptio falsi vorgeschützt, oder einfach die Aechtheit der Urkunde geleugnet. Zwar wird für diesen letztern Fall in Betreff der öffentlichen Urkunden vielfach das Gegentheil gelehrt, indem man behauptet, daß deren bloßes Ableugnen unstatthaft sei,

Oesterley, Notariat. II. S. 646.

daß der Product, welcher keine Einwendungen gegen eine solche Urkunde vorgebracht, auf dieselben verzichtet habe,

Guyet, Arch. f. civ. Prax. Bd. XL. S. 163. not. 67;

daß jener seiner ableugnenden Erklärung nur dadurch Erfolg verschaffen könne, daß er sich zum Beweise der Verfälschung bereit erkläre.

Bayer, Vort. S. 953;
Linde, Lehrb. §. 286.
Bad. Proc.-Ordn. §. 397.

Diese Meinung wäre nun in der That gegründet, wenn für

die Aechtheit öffentlicher Urkunden eine Rechtsvermuthung spräche, indem, wo die Prämissen einer solchen Vermuthung feststehen, ein Gegenbeweis gegen die rechtlich vermuthete Thatsache nur dann nachzulassen ist, wenn der Product bereits die Momente beigebracht, durch deren Nachweis er Gründe gegen die Wahrheit jener Thatsache herzustellen gedenkt. — Allein es besteht unsern vorstehenden Ausführungen zufolge eine derartige juris praesumtio sowenig bei öffentlichen wie bei Privaturkunden, wie es überhaupt einen principiellen Unterschied rücksichtlich der Herstellung der Aechtheit beider Arten von Instrumenten nicht giebt, und insbesondere die einen wie die andern solche äußere Kennzeichen an sich tragen können, welche eine richterliche Schlußfolgerung auf deren Authenticität begründen. — Hiernach läßt sich denn nicht einsehen, warum anders wie bei Privaturkunden bei öffentlichen die einfache Ableugnung irrelevant sein oder gar als Verzicht auf die exceptio falsi betrachtet werden sollte. Dagegen ergiebt sich aus allgemeinen Proceßrechtsgrundsätzen, daß beim Gelungensein eines anticipirten Beweises dem Probaten der Gegenbeweis nachzulassen, und daß ein solcher Vorbehalt bei erfrühter künstlicher Beweisführung selbst dann zu geschehen hat, wenn von productischer Seite die Momente noch nicht bezeichnet worden, durch deren Herstellung derselbe Gründe gegen die Wahrheit der gefolgerten Thatsache beizubringen gedenkt. —

Ueberhaupt fällt, wenn eine Rechtsvermuthung für die Authenticität öffentlicher Urkunden nicht besteht, jeder Grund für die beliebte Unterscheidung zwischen Agnition und Recognition dahin, und läßt sich insbesondere nicht einsehen, warum bezüglich der Erklärung des Producten über die Aechtheit des ihm vorgelegten Documents andere Grundsätze gelten sollten, je nachdem dasselbe eine öffentliche oder eine Privaturkunde ist. Der Producent kann unter gewöhnlichem Präjudiz, d. h. nach der gemeinen Meinung sub poena confessi, fordern, daß sich die Gegenpartei über die Aechtheit der im Original producirten Urkunde erkläre, gleichgültig welcher Art dieselbe ist;

I. R. A. §. 39.

er kann verlangen, daß diese Erklärung mittelst Anerkennung der Authenticität oder Ableugnung derselben geschehe, oder statt letzterer mit Nichtwissen oder Nichtglauben, wenn die Urkunde, wie dies in der Regel bei öffentlichen Instrumenten der Fall sein wird, angeblich von einem Dritten herrührt. Leugnet nun der Product die Authenticität der Urkunde oder erklärt er sich darüber mit Nichtwissen, so liegt dem Producenten der Beweis der Aechtheit ob.

Wenn freilich dieser Beweis auf Grund solcher Prämissen, welche durch richterlichen Augenschein festgestellt, für geführt zu erachten, so findet, wie schon früher bemerkt, hier keine Auflage des Beweises der Aechtheit, sondern nur ein Vorbehalt des Gegenbeweises Statt. Ist jenes dagegen nicht der Fall, so ist dem Producenten der Beweis der Authenticität der Urkunde aufzulegen.

Diese Beweisführung kann er aber ohne Rücksicht auf die Art der Urkunde mit den zur Constatirung der veritas instrumenti überhaupt dienlichen Beweismitteln unternehmen, oder auch statt anderweitigen Aechtheitsbeweises dadurch, daß er den Gegner zur eidlichen Diffitirung des Documents veranlaßt.

Zwar wird auch hier gemeiniglich gelehrt, daß der Diffessionseid nur auf Privaturkunden Anwendung finde.

Gensler, Arch. f. civ. Prax. Bd. II. S. 322.
Goldschmidt, Abhandl. S. 97.
Ortloff, Abh. I. S. 25 flg. und S. 29.
Strippelmann, Gerichtseid. III. S. 261.
Bayer, Vort. S. 953.
Linde, Lehrb. §. 288.

Indessen verdient diese Meinung keine Billigung. Allerdings unterliegt es keinem Zweifel, daß bezüglich einer Urkunde, welche solche Zeichen an sich trägt, die mit Sicherheit auf deren Authenticität schließen lassen, ein Diffessionseid nicht Statt haben kann. Denn es braucht sich der Producent, welcher die Aechtheit seiner Urkunde erwiesen, einen solchen vom Producten angebotenen

Eid nicht gefallen zu lassen, wie denn auch der Richter die Leistung eines voraussichtlich falschen oder doch unwahren Eides nicht gestatten soll. Allein es trägt nicht jede öffentliche Urkunde die Zeichen ihrer Aechtheit an sich, so wie umgekehrt die äußere Beschaffenheit eines nicht öffentlichen Documents dessen Aechtheit in dem Maße feststellen kann, daß eine eidliche Diffession hier als unzulässig erscheint.

Ist aber die Aechtheit der producirten (angeblich) öffentlichen Urkunden nicht außer Zweifel gesetzt, so läßt sich in der That nicht absehen, warum deren eidliche Diffession unstatthaft sein und vom Producenten nicht sollte verlangt werden können.

Insbesondere sind vorerst die Gründe, welche man aus der Geschichte des Reinigungseides hiergegen geltend macht,

Ortloff, a. a. O. I. S. 29 flg.

unstichhaltig.

Denn kam allerdings der aus dem alten Unschuldseide hervorgegangene Diffessionseid im ältern Rechte in Ansehung öffentlicher Urkunden nicht vor, so hatte dies seinen Grund darin, daß, wie schon früher bemerkt worden, dieser Eid nur hinsichtlich von Brief und Siegel, die angeblich vom Producten herrührten, Statt hatte.

Nachdem aber heutzutage der Diffessionseid als Glaubenseid oder Eid des Nichtwissens und Nichtglaubens zweifellos auch da Anwendung findet, wo es sich um die Aechtheit der Handschrift einer dritten Person handelt,

Mein Auff. im Arch. f. civ. Prax. Bd. XLIII. S. 197 flg.

kann in der angeblichen Eigenschaft einer Urkunde als einer öffentlichen ein Grund für dessen Ausschließung nicht liegen.

Als ein solches Moment erscheint aber ebensowenig der Umstand, daß der altgermanische Unschuldseid nur hinsichtlich desjenigen vorkam: „Svat so de man vor gerichte nicht ne dut.“

Sachsensp. I. 18. §. 2.

Wenn man nämlich hieraus folgert, daß der aus jenem Reinigungseide hervorgegangene Diffessionseid sonach auf gerichtliche und andere öffentliche Urkunden unanwendbar sei, so ist eine solche Folgerung um deßwillen unrichtig, weil es sich hier um Instrumente handelt, deren Aechtheit zweifelhaft, deren Eigenschaft als gerichtliche oder sonstige öffentliche Urkunden somit nicht feststeht.

Durch diese Andeutungen erledigt sich aber auch das weitere Argument,

Gensler, Arch. f. civ. Prax. II. S. 322,

es sei der Diffessionseid nur für Privaturkunden berechnet, und leide derselbe demnach, weil singulär, keine Ausdehnung. —

XVIII.

Ueber den Musterfall der römischen Correal-obligationen.

Von dem

Herrn Hofrathe und Professor Dr. Fritz in Freiburg.

Einleitung.

§. 1.

Ein früherer Aufsatz [1]), in welchem zwei Abhandlungen über die Correalobligationen angekündigt sind, die gegenwärtige und eine andere später nachfolgende, und welcher als Einleitung in diese beiden Abhandlungen dienen soll, beginnt mit kurzen Notizen über die bisher und besonders seit 1827 aufgestellten Theorieen der römischen Correalobligationen.

Diesen Notizen habe ich Folgendes nachzutragen:

In drei größeren Werken von sehr angesehenen Schriftstellern aus der Zeit, wo die Ribbentrop'sche Theorie fast allgemein herrschend wurde, findet sich gelegentlich die bedeutende Abweichung von derselben, daß ein begrifflicher Unterschied derjenigen Rechtsverhältnisse, welche Ribbentrop blos solidarische Verbindlich-

---

1) Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 17. Nr. 6.

Verfügungen, so wie der Partei-Schriften, die in gerichtlichen Acten enthalten, ohne Weiteres anzunehmen sei, nicht aber diejenige von Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche bei Gerichtsacten liegen, da solche schon gefälscht dazugekommen sein könnten.

Das Resultat dieser Erörterungen läßt sich dahin zusammenfassen, daß auch nach der Natur der Sache eine Vermuthung der Aechtheit öffentlicher Instrumente nicht besteht, wogegen eine Urkunde, welcher Art sie sei, solche äußere Merkmale an sich tragen kann, welche eine richterliche Schlußfolgerung auf deren Authenticität rechtfertigen; daß aber als solche Kennzeichen weder überhaupt die Formen öffentlicher Beurkundungen, noch auch bloß einzelne dieser Formen bezeichnet werden können.

§. 5.

Die angebliche Vermuthung der Aechtheit archivalischer Urkunden.

Wenn nach den vorstehenden Ausführungen die äußere Beschaffenheit einer Urkunde eine Vermuthung für deren Authenticität unter Umständen zu begründen vermag, so hat man eine solche Präsumtion ferner an die Thatsache knüpfen wollen, daß ein Document in einem öffentlichen Archive aufbewahrt werde, vorausgesetzt, daß diese Aufbewahrung sich aus einer ältern Zeit als derjenigen der ersten bekannten Veranlassung des Rechtsstreits, auf dessen Gegenstand sich die Scriptur beziehe, herschreibe;

Leyser, med. ad pand. spec. 266. med. 3.
Glück, Erl. Bd. XXII. S. 26.
Strippelmann, a. a. O. I. S. 359.

während ältere Processualisten sich unbestimmter dahin ausdrückten:

„Probationes seu libri ex archiviis publicis desumpti plenam fidem merentur."

Berlich, P. I. concl. 36. no. 10.

Wenn man nun diese angebliche Vermuthung zunächst durch den Satz begründen will, daß der Archivar die Pflicht habe, die Aechtheit der Urkunden zu prüfen und kein unächtes Document aufzunehmen, so ist hiergegen schon von Andern mit Recht bemerkt worden, daß eine derartige Verpflichtung nicht bestehe und auch nach der Natur des Geschäftsgangs bei Archiven nicht stattfinden könne.

Spangenberg, Arch. f. civ. Prax. B. II. S. 95 und (über die Gesch. der Archive) Lehre v. Urkundenbeweise Abth. I. S. 43 flg.

Allein auch die Gesetze kennen eine derartige Vermuthung nicht.

Insbesondere hebt die Nov. 15. pr. u. c. 5 als die Bedeutung der Deposition einer Urkunde in einem öffentlichen Archive nur hervor, daß dadurch deren gänzliches oder theilweises Abhandenkommen, so wie auch deren Verfälschung für die Dauer der Aufbewahrung verhindert werde,

Wetzell, Syst. S. 148.

während sie allerdings als eine falsche oder bereits verfälschte daselbst aufgenommen worden sein kann.

Wenn aber ferner die Nov. 49. cap. 2. §. 2 ein instrumentum „ex publicis archivis prolatum" für geeignet erklärt die Grundlage einer Schriftenvergleichung abzugeben, so hat dies seinen Grund keineswegs darin, daß sich an die Thatsache der Entnehmung einer Urkunde aus einem öffentlichen Archive eine Präsumtion für deren Aechtheit knüpfte,

dagegen Strippelmann, a. a. O. I. S. 345 flg. —

sondern vielmehr in dem Umstande, daß die Acten des Archivars die Deposition des Instruments durch den angeblichen Aussteller desselben bezeugen und dadurch dessen Authenticität herstellen.

S. auch Nov. 73. cap. 7. §. 3.

Asverus, commentarii ad const. 20 C. de fide instrum. p. 25 sqq.

Derselbe: Progr. de probatione per documenta ex archivo desumta, Jenae 1842.

Wetzell, Syst. S. 148 und not. 70.

Ebensowenig spricht aber endlich cap. 13. X de praescriptionib. (2. 26) von einer Vermuthung der Aechtheit, welche sich auf die Thatsache stützte, daß eine Urkunde aus einem öffentlichen Archive entnommen,

dagegen Strippelmann, I. S. 346.

indem daselbst vielmehr von dem Verdachte der Verfälschung eines liber censualis die Rede ist, welcher vom Producten darauf gegründet wurde, daß das Lagerbuch nicht im päpstl. Archive, sondern in demjenigen eines Cardinals aufbewahrt worden war.

§. 6.

Die Natur des sich an die äußere Beschaffenheit gewisser Urkunden knüpfenden Aechtheitsbeweises, und die eidliche Diffession.

Verbleibt es hiernach bei dem früher ausgeführten Satze, daß eine Urkunde solche äußere Merkmale an sich tragen kann, welche deren Aechtheit herstellen, und demnach eine gerichtliche Anerkennung derselben durch den Producten ersetzen, während dagegen die wenn auch feststehende Thatsache, daß ein Document aus einem öffentlichen Archive entnommen worden, eine Vermuthung für dessen Authenticität nicht begründet, so bedürfen nunmehr der Character jener an gewisse dem Instrumente anhaftende Kennzeichen sich knüpfenden Feststellung der Aechtheit so wie die sich hieraus ergebenden Consequenzen einer nähern Prüfung.

Daß hier von einer Rechtsvermuthung nicht die Rede, ist schon früher gezeigt worden; ebensowenig kann man aber sagen, daß durch jene äußern Zeichen der Beweis der Aechtheit sogleich durch die richterliche Beaugenscheinigung und amtliche Notorietät geführt werde.

So Gensler Arch. f. civ. Prax. I. S. 60.

Durch den richterlichen Augenschein wird hier nämlich lediglich eine Prämisse festgestellt, wird ein aus Einem

Indicium oder aus mehreren Anzeigen zusammengesetzter Untersatz gewonnen, aus welchem mittelst künstlicher Schlußfolgerung die Authenticität des Instruments gefolgert werden kann.

Auch ist hier in der That der Producent der Urkunde von dem Aechtheitsbeweise nicht befreit; vielmehr führt er denselben in künstlicher Weise, indem er die Prämissen der von ihm dem Richter zugemutheten Schlußfolgerung durch richterlichen Augenschein darthut. Hierbei anticipirt er allerdings die ihm obliegende Beweisführung insoferne als er, bevor ihm der Beweis der Aechtheit auferlegt worden, mit der Vorlage der Urkunde in den derselben anhaftenden Kennzeichen die Prämissen seines künstlichen Beweises dem Richter unterbreitet. — Daß er aber nicht ausdrücklich auf Vornahme eines richterlichen Augenscheins anträgt, ist deßhalb irrelevant, weil ein solcher Antrag überall nicht nöthig, wo die Absicht der Parteien eine Thatsache durch richterliche Besichtigung feststellen zu lassen, aus actenmäßigen Vorgängen zweifellos sich ergiebt und auch über den Gegenstand der Augenscheinsaufnahme nach Lage der Sache kein Zweifel obwalten kann.

Uebrigens kann eine solche künstliche Beweisführung möglicher Weise zunächst nicht die Authenticität der Beweisurkunde selbst, sondern diejenige eines darauf bekundeten Zeugnisses der Aechtheit jener zum Gegenstande haben; wobei freilich die aus dessen äußern Merkmalen sich ergebende Authenticität des Attestes diejenige des Instruments nur dann angeben wird, wenn es seinem Inhalte so wie der Persönlichkeit des Attestirenden nach vollen Glauben verdient; wie z. B. eine Beglaubigung der Aechtheit der Beweisurkunde, welche von einem dazu berechtigten öffentlichen Beamten auf Grund eigener Wahrnehmung geschehen, oder das Zeugniß eines öffentlichen Archivars, daß ihm das Document von dessen angeblichem Aussteller zur Aufbewahrung übergeben worden. —

Wie richterliche Schlußfolgerungen überhaupt, so kann auch die in Frage stehende je nach Umständen entweder nur eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit für die processualisch relevante Thatsache, hier die Aechtheit der Urkunde, resp. des

Aechtheits-Attestes, begründen, oder deren juristische Wahrheit herstellen. Zwar wird, was dieses letztere Ergebniß anbetrifft, die Authenticität einer Scriptur sich kaum je mit absoluter Nothwendigkeit aus den Prämissen des richterlichen Schlusses ergeben; dessenungeachtet kann aber die Möglichkeit, daß das Instrument unächt, im concreten Falle als so gering erscheinen, daß die Folgerung aus der Beschaffenheit der Urkunde die volle richterliche Ueberzeugung von deren Aechtheit begründet.

Hat aber der Richter Zweifel bezüglich der Authenticität der Urkunde, wie z. B. bei einem unter dem Amtssiegel einer ausländischen Behörde ausgestellten nicht diplomatisch legalisirten Instrumente, so hat er dem Producenten den Beweis der Aechtheit aufzulegen.

Seuffert, Arch. Bd. IX. no. 344.

Dagegen wird er, wenn er den Beweis der Authenticität für geliefert erachtet, von einer solchen Beweisauflage abzusehen,

Planck, Beweisurth. S. 271,

jedoch dem Producten den Gegenbeweis nachzulassen haben, gleichgültig, ob derselbe im Productionstermine die exceptio falsi vorgeschützt, oder einfach die Aechtheit der Urkunde geleugnet. Zwar wird für diesen letztern Fall in Betreff der öffentlichen Urkunden vielfach das Gegentheil gelehrt, indem man behauptet, daß deren bloßes Ableugnen unstatthaft sei,

Oesterley, Notariat. II. S. 646.

daß der Product, welcher keine Einwendungen gegen eine solche Urkunde vorgebracht, auf dieselben verzichtet habe,

Guyet, Arch. f. civ. Prax. Bd. XL. S. 163. not. 67;

daß jener seiner ableugnenden Erklärung nur dadurch Erfolg verschaffen könne, daß er sich zum Beweise der Verfälschung bereit erkläre.

Bayer, Vort. S. 953;
Linde, Lehrb. §. 286.
Bad. Proc.-Ordn. §. 397.

Diese Meinung wäre nun in der That gegründet, wenn für

die Aechtheit öffentlicher Urkunden eine Rechtsvermuthung spräche, indem, wo die Prämissen einer solchen Vermuthung feststehen, ein Gegenbeweis gegen die rechtlich vermuthete Thatsache nur dann nachzulassen ist, wenn der Product bereits die Momente beigebracht, durch deren Nachweis er Gründe gegen die Wahrheit jener Thatsache herzustellen gedenkt. — Allein es besteht unsern vorstehenden Ausführungen zufolge eine derartige juris praesumtio sowenig bei öffentlichen wie bei Privaturkunden, wie es überhaupt einen principiellen Unterschied rücksichtlich der Herstellung der Aechtheit beider Arten von Instrumenten nicht giebt, und insbesondere die einen wie die andern solche äußere Kennzeichen an sich tragen können, welche eine richterliche Schlußfolgerung auf deren Authenticität begründen. — Hiernach läßt sich denn nicht einsehen, warum anders wie bei Privaturkunden bei öffentlichen die einfache Ableugnung irrelevant sein oder gar als Verzicht auf die exceptio falsi betrachtet werden sollte. Dagegen ergiebt sich aus allgemeinen Proceßrechtsgrundsätzen, daß beim Gelungensein eines anticipirten Beweises dem Probaten der Gegenbeweis nachzulassen, und daß ein solcher Vorbehalt bei erfrühter künstlicher Beweisführung selbst dann zu geschehen hat, wenn von productischer Seite die Momente noch nicht bezeichnet worden, durch deren Herstellung derselbe Gründe gegen die Wahrheit der gefolgerten Thatsache beizubringen gedenkt. —

Ueberhaupt fällt, wenn eine Rechtsvermuthung für die Authenticität öffentlicher Urkunden nicht besteht, jeder Grund für die beliebte Unterscheidung zwischen Agnition und Recognition dahin, und läßt sich insbesondere nicht einsehen, warum bezüglich der Erklärung des Producten über die Aechtheit des ihm vorgelegten Documents andere Grundsätze gelten sollten, je nachdem dasselbe eine öffentliche oder eine Privaturkunde ist. Der Producent kann unter gewöhnlichem Präjudiz, d. h. nach der gemeinen Meinung sub poena confessi, fordern, daß sich die Gegenpartei über die Aechtheit der im Original producirten Urkunde erkläre, gleichgültig welcher Art dieselbe ist;

I. R. A. §. 39.

er kann verlangen, daß diese Erklärung mittelst Anerkennung der Authenticität oder Ableugnung derselben geschehe, oder statt letzterer mit Nichtwissen oder Nichtglauben, wenn die Urkunde, wie dies in der Regel bei öffentlichen Instrumenten der Fall sein wird, angeblich von einem Dritten herrührt. Leugnet nun der Product die Authenticität der Urkunde oder erklärt er sich darüber mit Nichtwissen, so liegt dem Producenten der Beweis der Aechtheit ob.

Wenn freilich dieser Beweis auf Grund solcher Prämissen, welche durch richterlichen Augenschein festgestellt, für geführt zu erachten, so findet, wie schon früher bemerkt, hier keine Auflage des Beweises der Aechtheit, sondern nur ein Vorbehalt des Gegenbeweises Statt. Ist jenes dagegen nicht der Fall, so ist dem Producenten der Beweis der Authenticität der Urkunde aufzulegen.

Diese Beweisführung kann er aber ohne Rücksicht auf die Art der Urkunde mit den zur Constatirung der veritas instrumenti überhaupt dienlichen Beweismitteln unternehmen, oder auch statt anderweitigen Aechtheitsbeweises dadurch, daß er den Gegner zur eidlichen Diffitirung des Documents veranlaßt.

Zwar wird auch hier gemeiniglich gelehrt, daß der Diffessionseid nur auf Privaturkunden Anwendung finde.

Gensler, Arch. f. civ. Prax. Bd. II. S. 322.
Goldschmidt, Abhandl. S. 97.
Ortloff, Abh. I. S. 25 flg. und S. 29.
Strippelmann, Gerichtseid. III. S. 261.
Bayer, Vort. S. 953.
Linde, Lehrb. §. 288.

Indessen verdient diese Meinung keine Billigung. Allerdings unterliegt es keinem Zweifel, daß bezüglich einer Urkunde, welche solche Zeichen an sich trägt, die mit Sicherheit auf deren Authenticität schließen lassen, ein Diffessionseid nicht Statt haben kann. Denn es braucht sich der Producent, welcher die Aechtheit seiner Urkunde erwiesen, einen solchen vom Producten angebotenen

Eid nicht gefallen zu lassen, wie denn auch der Richter die Leistung eines voraussichtlich falschen oder doch unwahren Eides nicht gestatten soll. Allein es trägt nicht jede öffentliche Urkunde die Zeichen ihrer Aechtheit an sich, so wie umgekehrt die äußere Beschaffenheit eines nicht öffentlichen Documents dessen Aechtheit in dem Maße feststellen kann, daß eine eidliche Diffession hier als unzulässig erscheint.

Ist aber die Aechtheit der producirten (angeblich) öffentlichen Urkunden nicht außer Zweifel gesetzt, so läßt sich in der That nicht absehen, warum deren eidliche Diffession unstatthaft sein und vom Producenten nicht sollte verlangt werden können.

Insbesondere sind vorerst die Gründe, welche man aus der Geschichte des Reinigungseides hiergegen geltend macht,

Ortloff, a. a. O. I. S. 29 flg.

unstichhaltig.

Denn kam allerdings der aus dem alten Unschuldseide hervorgegangene Diffessionseid im ältern Rechte in Ansehung öffentlicher Urkunden nicht vor, so hatte dies seinen Grund darin, daß, wie schon früher bemerkt worden, dieser Eid nur hinsichtlich von Brief und Siegel, die angeblich vom Producten herrührten, Statt hatte.

Nachdem aber heutzutage der Diffessionseid als Glaubenseid oder Eid des Nichtwissens und Nichtglaubens zweifellos auch da Anwendung findet, wo es sich um die Aechtheit der Handschrift einer dritten Person handelt,

Mein Auff. im Arch. f. civ. Prax. Bd. XLIII. S. 197 flg.

kann in der angeblichen Eigenschaft einer Urkunde als einer öffentlichen ein Grund für dessen Ausschließung nicht liegen.

Als ein solches Moment erscheint aber ebensowenig der Umstand, daß der altgermanische Unschuldseid nur hinsichtlich desjenigen vorkam: „Svat so de man vor gerichte nicht ne dut."

Sachsensp. I. 18. §. 2.

Wenn man nämlich hieraus folgert, daß der aus jenem Reinigungseide hervorgegangene Diffessionseid sonach auf gerichtliche und andere öffentliche Urkunden unanwendbar sei, so ist eine solche Folgerung um deßwillen unrichtig, weil es sich hier um Instrumente handelt, deren Aechtheit zweifelhaft, deren Eigenschaft als gerichtliche oder sonstige öffentliche Urkunden somit nicht feststeht.

Durch diese Andeutungen erledigt sich aber auch das weitere Argument,

Gensler, Arch. f. civ. Prax. II. S. 322,

es sei der Diffessionseid nur für Privaturkunden berechnet, und leide derselbe demnach, weil singulär, keine Ausdehnung. —

XVIII.

Ueber den Musterfall der römischen Correal-obligationen.

Von dem

Herrn Hofrathe und Professor Dr. Fritz in Freiburg.

Einleitung.

§. 1.

Ein früherer Aufsatz [1]), in welchem zwei Abhandlungen über die Correalobligationen angekündigt sind, die gegenwärtige und eine andere später nachfolgende, und welcher als Einleitung in diese beiden Abhandlungen dienen soll, beginnt mit kurzen Notizen über die bisher und besonders seit 1827 aufgestellten Theorieen der römischen Correalobligationen.

Diesen Notizen habe ich Folgendes nachzutragen:

In drei größeren Werken von sehr angesehenen Schriftstellern aus der Zeit, wo die Ribbentrop'sche Theorie fast allgemein herrschend wurde, findet sich gelegentlich die bedeutende Abweichung von derselben, daß ein begrifflicher Unterschied derjenigen Rechtsverhältnisse, welche Ribbentrop blos solidarische Verbindlich-

---

1) Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 17. Nr. 6.

keiten nennt, von wahren Correalobligationen nicht anerkannt wird. Jedoch ist dieses nicht so herausgehoben, wie es hätte geschehen müssen, wenn es von Andern der verdienten Prüfung hätte unterzogen oder auch nur in neuen Lehrbüchern oder in neuen Ausgaben von Lehrbüchern hätte erwähnt werden sollen. Ich meine die beiden Werke über das Obligationsrecht von Unterholzner[2]) und Koch[3]) und das Lehrbuch des römischen Rechts von Burchardi[4]). Unterholzner und Burchardi wollen die sogenannten blos solidarischen Obligationen unter den Keller-Ribbentrop'schen Begriff der wahren Correalobligationen subsumirt wissen, während Koch überall den Begriff von subjectiv-alternativen Obligationen festhält[5]). Unterholzner ist aber der einzige unter diesen drei Schriftstellern, der sich auf die Frage einläßt, wie man die geschichtliche Thatsache, daß die ehemalige Befreiung des einen Correalschuldners durch Einleitung eines Processes mit dem andern in gewissen Fällen nicht eintrat, anders erklären könne als durch Streichung dieser Fälle aus der Liste der wahren Correalobligationen. Er findet den Grund, aus welchem in diesen Fällen der Gläubiger günstiger und der Schuldner weniger günstig behandelt wurde, darin, daß hier die Correalobligationen theils bonae fidei actiones erzeugen, theils aus einem gemeinsamen Verschulden herrühren. Seine Ansicht hat mithin Aehnlichkeit mit derjenigen, welche, wie Ribbentrop[6]) schon heraushebt, bereits Duare-

---

2) Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, nach des Verf. Tode herausgegeben von Huschke. Leipz. 1840. (2 Bde.) I. S. 173 fgg., besonders S. 186 Note e, ferner S. 634 fgg.

3) Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach Preußischem Recht. Bresl. 1836, 1840 u. 1843. (3 Bde.) II. S. 1—36, besonders S. 6, 13, 21 am E., 22 u. 26.

4) Lehrb. des röm. Rechts (Stuttg. 1841—1848. Th. 1. Th. 2 in 4 Abth.) Th. 2. Abth. 3. §. 247.

5) Aehnlich nachher Christiansen Institutionen des röm. Rechts. S. 284 fgg.

6) Correalobl. S. 5 u. 6.

nus[7]) im sechzehnten und Melchior von Valentia[8]) im siebzehnten Jahrhundert aussprachen.

Eine ausführliche französische Monographie über die solidarischen Obligationen von Demangeat[9]) in Paris, die schon vor dem Buche von Fitting und meinem erwähnten Aufsatze erschienen war, aber erst später in Deutschland bekannt wurde, steht auf dem Standpunkte der Ribbentrop'schen Theorie, wie sie der Verfasser hauptsächlich aus v. Savigny's Obligationenrecht und aus der sechsten Auflage des Lehrbuches von v. Vangerow kennt, enthält aber über manche Punkte eigene Ansichten, von welchen hier die herauszuheben ist, daß die Unterscheidung zwischen wahren Correalobligationen und blos solidarischen Verbindlichkeiten im Ribbentrop'schen Sinne, welche der Verfasser als ganz quellenmäßig vollkommen anerkennt, ihren Grund habe in dem Unterschied zwischen strengen und freien Klagen, nämlich zwischen condictiones auf der einen und bonae fidei und in factum actiones auf der andern Seite[10]).

---

7) Comment. in T. de V. O. L. 116.

8) Illustres jur. tractatus (Col. Allobrog. 1730. 4.) Lib. I. Tract. IV. cap. 6.

9) Des obligations solidaires en droit romain, commentaire du titre de duob. reis au Digeste, par Ch. Demangeat suppléant à la fac. de droit, avocat à la cour imp. de Paris. Paris 1858 (auf dem Umschlag: 1859). Dieses Buch enthält zunächst eine ausführliche Exegese der neunzehn Fragmente des Pandektentitels de duob. reis. Daran knüpft es gelegentlich die Exegese der übrigen einschlagenden Quellenstellen und dogmatische Erörterungen an. Es schließt mit einem als zweiten Theil bezeichneten Résume synthétique, welches in vier Paragraphen von Begriff, Entstehung und Ende der Correal- und solidarischen Obligationen und von dem Regreß zwischen den Mitgläubigern und den Mitschuldnern handelt. Der erste Theil, der ungefähr eilf Zwölftheile des Buches ausmacht, giebt den Inhalt von dreizehn Vorlesungen wieder, die der Verf. im J. 1858 in der Rechtsschule in Paris gehalten hat.

10) Demangeat besonders S. 182 folgg. S. auch S. 64, 153, 401 u. 404.

Aus einem andern französischen Werke, welches auch schon 1859 erschienen ist, nämlich aus dem Lehrbuche des römischen Rechts von Maynz[11]), einem geborenen Deutschen in Brüssel, ist zu erwähnen, daß es, bei vollkommener Uebereinstimmung mit Ribbentrop's Auffassung des Wesens der wahren Correalobligationen, keinen hinreichenden Grund findet die von Ribbentrop sogenannten blos solidarischen Verbindlichkeiten aus der Zahl derselben auszuschließen[12]).

In einer ganz vor Kurzem[13]) erschienenen Monographie von Franz Samhaber[14]) wird die Ribbentrop'sche

---

11) Eléments de droit romain, par Ch. Maynz prof. de droit à l'univ. de Bruxelles. II. Ed. Brux. et Paris T. I. 1856. T. II. 1859. Eine vortheilhafte Beurtheilung des ersten Theils giebt Warnkönig in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV. S. 440 fgg.

12) T. II. §. 271. p. 54 suiv. P. 61 sagt der Verf. gegen die Ribbentrop'sche Ansicht: „C'est en vain qu'on se fonde sur ce que, sous l'ancien droit, dans les cas de vraie correalité la litis contestatio avec l'un des correi aurait eu pour effet d'éteindre l'obligation à l'égard de tous, tandis qu'il n'en aurait pas été de même dans les obligations purement solidaires. Car d'une part, cet effet n'existe plus dans le droit de Justinien; d'autre part, même sous l'ancien droit, cette particularité avait sa source, non pas dans une diversité fodamentale du lien obligatoire, mais dans la diversité qui regne dans les effets de la litis contestatio. Ainsi l'extinction du droit avait certes lieu, quand l'obligation provenait d'une stipulation ou qu'elle resultait directement d'un autre contrat; mais déjà du temps des jurisconsultes classiques il en était autrement à l'égard de plusieurs mandatores, dont l'obligation est certes aussi corréale que celle de cofidésusseurs."

13) Vorher erschienen zwei sehr anerkennende Beurtheilungen der Schrift von Fitting, eine von Goldschmidt (in s. Zeitschr. f. d. Handelsrecht III. S. 267 fgg.), welcher seiner Auffassung vollständig beitritt, und eine von Stintzing (in Pözl's krit. Vierteljahrschr. I. S. 509 fgg.), welcher ihr theilweise beitritt.

14) Zur Lehre von der Correalobligation im römischen und heutigen Recht. Erl. 1861. Der Verfasser stellt sich und löst in dieser Schrift die dreifache Aufgabe: 1) uns mit den bisher und besonders seit Keller und

Theorie [15]) gegen die bisherigen Angriffe, mit welchen der Verfasser sich sehr bekannt zeigt, in allem Wesentlichen zu vertheidigen gesucht.

§. 2.

Diejenigen Correalobligationen, die meinem früher aufgestellten Plane gemäß in der gegenwärtigen Abhandlung erörtert werden sollen, entspringen aus einer Stipulation, welche eigends auf Begründung von Correalobligationen gerichtet ist, und welcher die Titel der Institutionen [16]), der Pandekten [17]) und des Codex [18]): de duobus reis, fast ausschließlich gewidmet sind.

Die Ordnung, die ich beobachten werde, ist folgende:

Vor Allem soll unter I. das Rechtsgeschäft selbst, um welches es sich hier handelt, die Correalstipulation, nach Zweck, Inhalt und Form kurz charakterisirt werden.

Sodann wird unter II. das eigenthümliche Wesen der Correalobligationen, die durch dieses Rechtsgeschäft entstehen, im Allgemeinen besprochen werden.

Hierauf sollen endlich unter III. die Wirkungen des fraglichen Geschäftes noch specieller erörtert werden [19]).

Eine Kritik der bisher aufgestellten Theorieen gehört nicht zur Aufgabe dieser Abhandlung. Jedoch versteht es sich von selbst,

---

Ribbentrop aufgestellten Ansichten möglichst genau bekannt zu machen, 2) dieselben in den Hauptpunkten einer Prüfung zu unterwerfen, 3) die Eigenthümlichkeiten der neueren Gesetzbücher und Gesetzbuchsentwürfe in dieser Lehre herauszuheben.

15) Zu den Gegnern dieser Theorie und zu den Vertheidigern der Theorie der Obligationenmehrheit gehört jetzt auch Sintenis prakt. gemein. Civilr. 2. Aufl. Leipz. 1860. II. §. 89.

16) J. 3. 16. (17.)

17) D. 45. 2.

18) C. 8. 40.

19) Eine Uebersicht der hier zu beantwortenden Fragen gibt §. 11.

daß ich bei Begründung meiner Ansichten jeweils das, was als Gegengrund betrachtet werden könnte, zu besprechen habe, auch wenn es zum Behuf der Begründung einer andern Theorie vorgetragen worden ist. Auch werde ich zum Schluß der allgemeinen Betrachtungen unter II. (im §. 10) einige Bemerkungen vortragen über das Verhältniß, in welchem meine Theorie zu den bisher aufgestellten Theorieen steht [20]).

I. Zweck, Inhalt und Form der Correalstipulationen.

§. 3.

Eine Willenserklärung, wonach zwei oder mehrere Personen eine gewisse Leistung schuldig sein oder zu fordern haben sollen, ist regelmäßig so auszulegen, daß jedem von ihnen ein gleicher Theil derselben obliegen oder gebühren soll, und zwar in der Art, daß eben so viele einzelne auf gleiche Theile des Ganzen gehende Obligationen entstehen sollen, als Gläubiger oder Schuldner dabei betheiligt sind [21]). Diese Regel gilt auch von obligatorischen Verträgen, und namentlich auch von denjenigen, die in der Form abgeschlossen sind, welche nach dem römischen Rechte, soweit unsere Kenntniß desselben zurück reicht, regelmäßig beobachtet werden mußte, damit klagbar Obligationen entstanden, nämlich bei den Stipulationen [22]).

Was ist nun zu thun, wenn mehrere Personen sich zu einer Leistung obligiren sollen und wollen, und die Absicht der Contrahenten dahin geht, daß zu größerer Sicherheit des Gläubigers jede derselben für die ganze Leistung haften soll?

---

20) Auch s. noch §. 25 (erste Anm.).

21) C. 1. 2. C. si plures una sententia condemnati sunt (7. 55.)

22) Fr. 11. §. 2. de duob. reis (45. 2.).

Zu diesem Zwecke können drei verschiedene Wege eingeschlagen werden. Erstens können neben einem gewöhnlichen Geschäft, wodurch jeder der Promittenten eine Hauptschuld übernimmt, die einen Theil des Ganzen zum Gegenstand hat, noch weitere Stipulationen abgeschlossen werden, wodurch die Promittenten sich gegenseitig für einander verbürgen. Zweitens kann einer sich als Hauptschuldner für das Ganze allein obligiren, während der andere oder die anderen sich für ihn verbürgen. Drittens endlich kann eine zusammengesetzte Stipulation des Inhaltes abgeschlossen werden, daß jeder der mehreren Promittenten das Ganze als Hauptschuldner schuldig sein soll, jedoch ohne daß dasselbe mehr als einmal zu zahlen ist.

Wie aber, wenn es sich um mehrere Personen handelt, die von einem und demselben Schuldner eine gewisse Leistung erhalten sollen, und die Absicht der Contrahenten dahin geht, so zu contrahiren, daß der Schuldner durch Leistung des Ganzen an einen Gläubiger sich soll befreien können, und daß er dazu auch soll angehalten werden können [23])?

Dieses kann nach dem klassischen wie nach dem Justinianeischen Rechte durch eine zusammengesetzte Stipulation erreicht werden, die mit der schon erwähnten zusammengesetzten Stipulation große Aehnlichkeit hat, nämlich durch eine Stipulation, deren Sinn ist, der gemeinsame Promittent solle jedem

---

[23]) Will man das Letztere nicht, wohl aber das Erstere, so muß man das Geschäft so abschließen, daß jeder der mehreren Gläubiger hinsichtlich der (auf Theile gehenden) Forderungen der andern zum solutionis causa adjectus gemacht wird. — Ueber den adjectus s. Brandis im Rhein. Mus. f. Jurispr. IV. 11. S. 257 fgg. Das Wichtigste findet sich auch in meinen Erläut. zu v. Wening-Ingenheim B. 2. H. 1. S. 284 fgg. und in v. Vangerow's Pand. §. 582. Anm. 2. Bd. 3. S. 185 fgg. — Uebrigens spricht wohl keine Stelle in unseren Quellen von Anwendung dieses Mittels in dem im Texte bezeichneten Falle, namentlich wird uns nicht gesagt, wie hier die Stipulation zu formuliren sey.

der mehreren Stipulatoren als einem Hauptgläubiger das Ganze schuldig seyn, jedoch ohne daß dieses mehr als einmal zu leisten ist.

Diese beiden einander ähnlichen Stipulationen sind es nun, die in der gegenwärtigen Abhandlung nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen erörtert werden sollen.

Ich nenne dieselben zusammengesetzt. Es werden nämlich in beiden Fällen mehrere Stipulationen abgeschlossen und mit einander verbunden: im einen Falle je eine Stipulation des gemeinsamen künftigen Gläubigers mit jedem der Promittenten, im andern Falle je eine Stipulation des gemeinsamen Promittenten mit jedem, der sein Gläubiger werden soll. Die Zusammensetzung geschieht in der Art, daß zuerst von Seite des Acceptanten oder der Acceptanten so viele Fragen gestellt werden als einzelne Stipulationen abgeschlossen werden sollen, und daß erst nachdem alle diese Fragen gestellt sind, die Antworten des Promittenten oder der Promittenten erfolgen [24]). Diese Antworten können aber, wenn nur ein Promittent vorhanden ist, in eine Willenserklärung zusammengefaßt werden, z. B. in die Worte: „utrique vestrum spondeo" [25]). Bei der zweiten und jeder folgenden Frage wird durch geeignete Worte, z. B. „eosdem decem aureos" [26]), herausgehoben, einmal daß es sich ganz um den-

---

24) Pr. J. de duob. reis. 3. 16. (17.)

25) Pr. J. cit. Auf ähnliche Weise können die mehreren Fragen eines Stipulators in eine zusammengefaßt werden. S. die folgende Note. Ein offenbarer Irrthum ist es aber, wenn Buchka die Lehre vom Einfluß des Proc. auf das mat. Rechtsverh. Bd. 1. S. 104 fgg. annimmt, bei der passiven Correalstipulation sei nothwendig nur eine Frage und bei der activen nothwendig blos eine Antwort erfolgt. (Ist es eine Frage, wenn der Stipulator nach dem pr. J. cit. sagt: Maevi, quinqne aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?)

26) Pr. J. cit. Eine Zusammenziehung der Fragen eines Stipulators kann Statt finden, z. B. in die Worte: Maevi et Sei, eosdem decem aureos dare spondetis? Hier, wie wenn jeder Promittent besonders gefragt wird, ist es einerlei, ob die von jedem zu gebende Antwort im Singu-

selben Gegenstand handelt wie bei der vorhergehenden Frage, und dann daß es sich um die nämliche Leistung in dem prägnanten Sinne dieses Ausdruckes handelt, daß nämlich das Ganze und jeder einzelne Theil desselben nur einmal geleistet werden soll.

Da die Rechtsgelehrten seit den Glossatoren gewöhnt sind die Verhältnisse, die durch solche Stipulationen entstehen, Correalobligationen zu nennen, und zwar, wenn mehrere Gläubiger solidarisch berechtigt sind, active, und wenn mehrere Schuldner solidarisch verpflichtet sind, passive Correalobligationen [27]), so werden wohl auch zur Bezeichnung der auf Erzeugung solcher Verhältnisse gerichteten Stipulationen die Ausdrücke active und passive Correalstipulationen ohne Anstand gebraucht werden können.

§. 4.

Konnte eine Correalstipulation, wie sie so eben (§. 3) beschrieben wurde, nach römischem Rechte ersetzt werden durch mehrere nach einander getrennt abgeschlossene Stipulationen?

Die Civilisten sind darüber einig [28]), daß dieses nach älterem Rechte nicht geschehen konnte. Dagegen nehmen die meisten an, daß es in dieser Hinsicht nach neuerem Rechte, und zwar schon zur Zeit der klassischen Juristen, nicht mehr so genau genommen worden sei. Namentlich sieht dieses Ribbentrop [29]), dem die meisten neueren Schriftsteller [30]) beitreten, als eine ausgemachte

---

laris, z. B. mit „spondeo", oder im Pluralis, z. B. mit „spondemus" gegeben wird. Fr. 4. de duob. reis. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Promittenten gleichzeitig (simul) oder einer nach dem andern (separatim) antworten. Fr. 3. pr. eod.

[27]) S. meinen früheren Aufs. §. 1.

[28]) Ueber v. Savigny s. jedoch Note 36.

[29]) Correalobl. §. 17 besonders S. 113 fgg.

[30]) So namentlich: v. Vangerow Pand. III. §. 573 Anm. 2. Buchka Einfluß des Proc. I. S. 104 fgg. Fitting Natur der Correalobl. Note 101. S. 87 fgg.

Sache an. Er behauptet: man könne einer schon bestehenden Obligation, auch wenn es ursprünglich gar nicht auf eine Correalobligation abgesehen gewesen, durch eine neue besondere Stipulation mit dem andern Theile als wahrer correus beitreten [31]:

Nur wenige neuere Schriftsteller, nämlich Liebe [32], Huschke [33], Kuntze [34] und Demangeat [35], halten die angebliche Neuerung für unbegründet [36]; und meines Erachtens mit vollem Rechte.

---

31) Als correus stipulandi nur mit Zustimmung des ersten Stipulators, als correus promittendi auch ohne Zustimmung des ersten Promittenten.

32) Die Stipulation, Braunschw. 1840, S. 215 fgg.

33) Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. n. F. IV. S. 413 fgg.

34) Die Obligation und die Singularsuccession S. 166 fgg.

35) S. 103—109, S. 140—143, S. 273—275, S. 341 u. 342 des oben §. 1 Note 2 angeführten Werkes.

36) Eine eigenthümliche Stellung nimmt bei dieser Frage v. Savigny Obl. I. S. 149 ein. Er erwähnt gar nicht, daß sie streitig sei, und verweist über das, was bei dem Abschluß von Correalstipulationen zu beobachten ist, auf Ribbentrop §. 17. Ungeachtet dieser Verweisung hebt er den Ausspruch der Quellen, daß die ganze Correalstipulation in einem gewissen Sinne uno actu geschehen müsse und daß namentlich die Schlußhandlung nicht etwa an einem andern Tage gültig nachgetragen werden könne, als etwas nach Justinianeischem Rechte noch geltendes heraus. Dagegen erwähnt er mit keinem Worte, daß die oben beschriebene Verschlingung der mehreren eine Correalstipulation bildenden Stipulationen nothwendig sei, oder je nothwendig gewesen sei. Ganz wörtlich verstanden nimmt also v. Savigny an: auf diese Verschlingung komme es nicht an, es könne vielmehr jede der die Gesammtstipulation bildenden einzelnen Stipulationen besonders abgeschlossen werden, und zwar von jeher, aber es dürfe mit Abschließung der zweiten und überhaupt einer folgenden Stipulation nicht zu lange zugewartet werden. (Vergl. Kuntze S. 169 Note 5. Fitting S. 88.) Als Beweisstellen führt er an: fr. 3. pr. h. t., welches auch Ribbentrop und seine Anhänger anführen und wovon sogleich die Rede sein wird, sodann fr. 6. §. 3. fr. 12. pr. eod., zwei Stellen, die offenbar ganz auf dem Standpunkte der Institutionen stehen und auch von Ribbentrop so aufgefaßt werden. (Ueber fr. 12. pr. s. Ribbentrop S. 112.) Ich theile diese beiden Stellen wörtlich mit, und zeichne diejenigen Worte aus, welche nach meiner Ansicht, wie nach Ribbentrop,

Die Institutionen Justinian's[37]) verlangen, damit die mehreren Stipulatoren oder Promittenten correi werden, die im §. 3 beschriebene Verschlingung der mehreren Stipulationen in der Art als conditio, sine qua non[38]), daß eine wahre Antinomie vorhanden wäre, wenn die Pandekten, auf die man sich beruft, sich in dem Sinne von Ribbentrop (oder auch nur von Savigny[39])) aussprächen. Dies anzunehmen ist aber meines Erachtens durchaus kein hinreichender Grund vorhanden.

Man beruft sich vor Allem auf fr. 3. pr. h. t.[40]). Allein wenn man bedenkt, wie nach den Institutionen eine passive Correalstipulation abzuschließen ist, so kann man diese Stelle nur auf den Fall beziehen, wenn nach den sämmtlichen Fragen

---

gegen Savigny entscheiden. Fr. 6. cit. hat die Ueberschrift: Julianus libro II. Digestorum, und §. 3 lautet: „Duo rei sine dubio ita constitui possunt, ut et temporis ratio habeatur, intra quod uterque respondeat. Modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit, quo minus duo rei sint. Fidejussor quoque interrogatus inter duorum reorum responsa si responderit, potest videri non impedire obligationem reorum, quia nec longum spatium interponitur, nec is actus, qui contrarius sit obligationi.“ Und fr. 12. pr. cit. lautet mit der inscriptio, wie folgt: „Venulejus libro II. Stipulationum. — Si ex duobus, qui promissuri sint, hodie alter alter postera die responderit, Proculus, non esse duos reos, ac ne obligatum quidem intelligi eum, qui postera die responderit, cum actor ad alia negotia discesserit, vel promissor, licet peractis illis rebus responderit.“

37) Pr. J. h. t.

38) Von dem Falle, wenn dieses Requisit fehlt, sagen sie: „alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse.“

39) Ueber Savigny's Ansicht s. Note 36.

40) „Ulpianus libro XLVII. ad Sabinum. — In duobus reis promittendi frustra timetur novatio; nam licet ante prior responderit, posterior etsi ex intervallo accipiatur, consequens est dicere, pristinam obligationem durare, et sequentem accedere; et parvi refert simul spondeant, an separatim promittant, quum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur, neque ulla novatio fiat.“

des Stipulators die Antwort des einen Promittenten sofort erfolgt, während die andere noch auf sich warten läßt. Daß im Gegentheil von dem Falle die Rede sey, in welchem der eine Promittent antwortet, bevor der andere befragt wird, könnte aus den Worten: „etsi posterior ex intervallo accipiatur", nicht mit Bestimmtheit gefolgert werden, auch wenn die Institutionen sich nicht so bestimmt aussprächen. Auch gebraucht hier Ulpian den allerdings zweideutigen Ausdruck „accipiatur" gewiß nur, um auf das vorhergehende „responderit" nicht noch einmal „respondeat" zu sagen, und um zugleich das Wort „accedat" wegen des nachfolgenden Wortes „accedere" zu vermeiden.

Man beruft sich ferner auf fr. 9. §. 2. h. t. [41]), wonach es vorkommen kann, daß von zwei Correalschuldnern, deren Zahlung an einem und demselben Orte zu geschehen hat, der eine deswegen früher belangt werden kann, weil er die Zahlung von einem andern Orte her zu beschaffen hat als der andere. Man geht nämlich von der Voraussetzung aus, daß es sich hier um nichts anderes handeln könne als um die Verschiedenheit der Zeit, die man nöthig hat, um die Zahlung von dem Orte der Stipulation aus an dem ausbedungenen Zahlungsorte zu bewerkstelligen, und nimmt daher an, die Stelle beziehe sich auf den Fall, wenn der Gläubiger von den beiden Correalschuldnern an zwei verschiedenen Orten (also nicht in einem Acte) stipulirt habe. Nun ist es zwar wahr, daß die andern Stellen, welche von einer stillschweigenden Zeitbestimmung reden, die in einer Ortsbestimmung liegt [42]), nur die Entfernung des Orts, an

---

41) Papinianus libro XXXVII. Quaestionum. — §. 2. Quum duos reos promittendi facerem, et ex diversis locis Capuae pecuniam dari stipulatus sim, ex persona cujusque ratio proprii temporis habebitur; nam etsi maxime parem causam suscipiant, nihilominus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio."

42) §. 5. J. de V. O. 3. 15. (16.) fr. 2. §. 6. de eo quod certo loco (13. 4.) fr. 73. pr. fr. 141. §. 2. de V. O. (45. 1.)

welchem der Vertrag abgeschlossen wird, von dem ausbedungenen Orte der Zahlung erwähnen. Allein daraus folgt nicht, daß es nicht auch Fälle geben könne, in welchen die Entfernung eines andern Ortes von dem Orte der Zahlung in dieser Beziehung maßgebend ist, weil ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen worden ist, daß die Zahlung von diesem andern Orte aus beschafft werden soll. Und von einem Falle dieser Art spricht offenbar hier Papinian. Er bezeichnet nämlich den Fall, welchen er meint, als einen solchen, in welchem eine wahre passive Correalstipulation abgeschlossen worden ist („Cum duos reos promittendi facerem"), was nicht ohne die oben herausgehobene Verschlingung der beiden Stipulationen, nicht ohne Einheit des Actes, und folglich nur an einem und demselben Orte, geschehen konnte, wodurch aber dennoch von dem einen Promittenten stipulirt worden ist, daß er von dem Orte A aus, von dem andern, daß er von dem Orte B aus die betreffende Summe nach Capua liefere („et ex diversis locis Capuae pecuniam dari stipulatus sim").

Man beruft sich auch noch auf fr. 7. §. 1. de auctoritate et consensu tutor. et curator. (26. 8.)[43], wo Ulpian sagt, ein Pupille, der sich durch Stipulation zum Schuldner zweier Correalgläubiger machen will, könne jedem derselben unter der auctoritas eines andern Tutors gültig versprechen[44].

---

[43]) „Ulpianus libro XL. ad Sabinum. — §. 1. Si duo rei sint stipulandi, et alter me auctore a pupillo stipuletur, alter altero tutore auctore, dicendum est stipulationem valere, sic tamen, si auctoritas tutoris unius sufficiat; ceterum si non sufficiat, dicendum erit, inutilem esse stipulationem." Für das Justinianeische Recht ist die letzte Bemerkung von „sic tamen" an offenbar überflüssig. S. c. ult. C. de auctoritate praestanda (5. 9.)

[44]) Auf diese Weise können ungeachtet des im Pr. dieses Fragmentes besprochenen Satzes: tutor in rem suam auctor fieri nequit, mehrere, ja alle Tutoren eines Mündels Correalgläubiger desselben werden. Indessen muß er wenigstens in dem letzteren Falle nach Nov. 72. c. 2 einen besonderen Vormund wegen dieses Verhältnisses erhalten.

Dies steht aber, wie die Gegner selbst anerkennen, mit der vorgeschriebenen Verschlingung der zwei Stipulationen zu einem Acte durchaus nicht im Widerspruche, nur mußte in diesem Falle der Pupille, nachdem alle Stipulatoren gefragt hatten, jedem besonders antworten, und jeder dieser Antworten mußte der betreffende Tutor sofort den Ausdruck seiner auctoritas beifügen.

Buchka[45]) beruft sich auf fr. 7. h. t.[46]), worin von zwei rei promittendi gesagt wird, es könne einer von ihnen in diem oder sub conditione obligirt sein, was nicht hindere, daß der andere sofort belangt werden könne. Er meint, bei der ursprünglichen passiven Correalstipulation könne dieses unmöglich vorkommen, weil hier nur eine Frage gestellt werde, die natürlich nicht zugleich bedingt und unbedingt, nicht zugleich betagt und unbetagt lauten konnte, und mit welcher also, wenn die eine Antwort eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung in sich schloß, die andere dagegen das Versprechen der sofortigen Leistung enthielt, entweder die eine oder die andere Antwort nicht congruirte, während doch zu jeder gültigen Stipulation diese Congruenz wesentlich erforderlich war. Allein die angegebene Voraussetzung beruht, wie schon im vorigen Paragraphen herausgehoben wurde, auf einem offenbaren Irrthum. In dem Falle des fr. 7. cit. muß man sich die Fragen des Stipulators ungefähr so denken: Maevi, quinque aureos mihi dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos Kalendis Januariis proximis mihi dare spondes? oder: Maevi, quinque aureos mihi dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos, si navis tua ex Asia venerit, mihi dare spondes? Die Antwort der beiden Promittenten konnte

45) A. a. O. S. 105.

46) „Florentinus libro VIII. Institutionum. — Ex duobus reis promittendi alius in diem vel sub conditione obligari potest; nec enim impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui pure obligatus est, petatur.“

lauten: „Spondeo“, ohne allen Zusatz, oder auch wohl: „Spondemus“, ebenfalls ohne einen Zusatz.

Fitting[47]) beruft sich für die Ribbentrop'sche Ansicht auch auf fr. 8. §. 5. de novat. (46. 2.)[48]), worin Ulpian allgemein sagt: wenn ein anderer ohne den animus novandi durch Stipulation meinem Gläubiger das verspricht, was ich demselben schuldig bin, so haften wir beide, aber durch Zahlung des einen werde auch der andere frei.

Man muß zugeben, daß das in diesem Falle Statt findende Rechtsverhältniß mit demjenigen, welches durch eine passive Correalstipulation erzeugt wird, Aehnlichkeit hat. Allein die Stelle sagt denn doch nicht, daß wir hier wirklich correi promittendi seien. Wer daher hinsichtlich der Correalstipulationen von der Ansicht ausgeht, welche ich für die allein richtige halte, der muß in diesem Falle den neuen Promittenten entweder als Bürgen ansehen, oder er muß die beiden Schuldner als Hauptschuldner ansehen, die mit Correalschuldnern Aehnlichkeit haben, aber eine Aehnlichkeit, deren nähere Bestimmung die römischen Quellen, soweit sie auf uns gekommen sind, nicht darbieten. Wäre die Stelle von wirklichen Correalobligationen zu verstehen, so würde sie auch weit mehr beweisen, als Fitting damit beweisen will. Sie würde beweisen, daß nicht nur einer Obligation, die durch Stipulation entstanden ist, sondern jeder Obligation, durch Stipulation ein Correalschuldner beitreten könne, daß also passive Correalschuldner vorkommen können, von welchen der eine aus einer Stipulation und der andere aus einem Contracte anderer Art oder aus einem

---

47) S. 88.

48) Aus dieser Stelle, deren Ueberschrift ist: Ulpianus libro XLVI. ad Sabinum, gehören besonders folgende Worte hieher: „Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat; si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur.“

Quasicontracte oder aus einem Delicte oder aus einem Quasidelicte u. s. w. haftet [49]).

§. 5.

Da eine Correalstipulation erfüllt ist, wenn die versprochene Leistung einem der Gläubiger beziehungsweise von einem der Schuldner gemacht worden, so entsteht die Frage, ob nicht dasselbe Rechtsverhältniß, welches durch eine auf die angegebene Weise abgeschlossene Correalstipulation erzeugt wird, auch durch eine oder mehrere Stipulationen erzeugt werden könne, deren Worte so gefaßt sind, daß der Promittent dem Einen oder dem Andern, beziehungsweise daß Einer oder der Andere eine Leistung machen soll [50]).

Diese Frage ist nach meiner Ueberzeugung entschieden zu verneinen.

Den Hauptgrund [51]) finde ich in Folgendem: Alternative Stipulationen dieser Art leiden an einer Unbestimmtheit, bei welcher sie nur dann fähig wären zur Erreichung des im §. 3

---

49) Daß Fitting nur an den Fall zweier getrennten Stipulationen denkt, ergibt sich wohl aus den S. 145 in der Anmerkung vorkommenden Worten: „Eine ähnliche Construction muß da angewendet werden, wo sich zwei correi durch getrennte Stipulationen verpflichten.“

50) Zur Erörterung dieser Frage sind wir besonders veranlaßt durch die Girtanner-Fitting'sche Auffassung des Wesens der Correalobligationen. Darüber s. meinen früheren Aufsatz §. 6 und unten §. 10.

51) Außer diesem Hauptgrunde ist noch Folgendes zu berücksichtigen: Bei einer activen Correalobligation hat eine Klage des einen der Gläubiger oder eine Zahlung an denselben, die sich nur auf einen Theil bezieht, und überhaupt jedes in der Person des einen Gläubigers eintretende Ereigniß, welches an sich geeignet ist die Gesammtobligation ipso jure oder ope exceptionis aufzuheben, aber im einzelnen Falle sich nur auf einen Theil ihres Gegenstandes bezieht, die Wirkung, daß auch die übrigen Gläubiger ihren Anspruch zu diesem Theile, aber nur zu diesem Theile, verlieren. Eben so hat bei einer passiven Correalobligation jedes Ereigniß in der Person eines der Mitschuldner,

näher bezeichneten Zweckes der Correalstipulationen zu dienen, wenn durch gesetzliche oder usuelle Interpretationsregeln nachgeholfen würde; zur Aufstellung solcher Interpretationsregeln fanden aber die Römer um so weniger einen hinreichenden Grund, als sie in der eigentlichen Correalstipulation ein Geschäft hatten, welches ohne alle künstliche Interpretation ganz geeignet war die beabsichtigte Wirkung hervorzubringen. Ja, noch mehr! die Unbestimmtheit ist so groß, daß Stipulationen der fraglichen Art in gewissen Fällen ganz ungültig sind, und in gewissen andern Fällen nur durch eine Interpretation aufrecht erhalten werden, nach welcher die Wirkung in einer *einfachen* obligatio besteht.

Betrachten wir zunächst diejenigen alternativen Stipulationen, von welchen man etwa denken könnte, sie seien im Stande die Stelle der *activen* Correalstipulationen zu vertreten, nämlich diejenigen, wonach eine Leistung entweder dem A oder dem B gemacht werden soll.

---

welches an sich geeignet ist alle Mitschuldner ipso jure oder ope exceptionis zu befreien, welches sich aber im einzelnen Falle nur auf einen Theil der schuldigen Leistung bezieht, die Wirkung, daß es auch die übrigen zum Theile, aber nur zum Theile befreit. Auch steht es hier dem gemeinsamen Gläubiger frei, einen der Correalschuldner auf einen Theil der schuldigen Leistung zu belangen und so die Klage auf das Ganze auf mehrere oder auf alle Mitschuldner zu vertheilen; wie es dort einem der Mitgläubiger freisteht, auf einen Theil der schuldigen Leistung zu klagen, und so die übrigen von diesem Theile auszuschließen. Gäbe es nun gültig alternative Stipulationen, die im Uebrigen die Wirkungen der Correalstipulationen hätten, so könnten doch *diese* Regeln ohne besondere gesetzliche oder usuelle Interpretetionsregeln bei ihnen nicht gelten. Wenn ausgemacht ist, „dem A oder dem B soll die Leistung gemacht werden“, so darf man sich nicht hinzudenken, „oder *theils* dem A, *theils* dem B;“ und eben so wenig darf man, wenn ausgemacht ist, „A oder B soll die Leistung machen,“ hinzudenken, „oder theils A, theils B.“ Wie sehr die Römer in ähnlichen Fällen an der wörtlichen Auslegung festhalten, zeigt besonders ihre Behandlung der vorzugsweise sogenannten alternativen Obligationen, wodurch sie veranlaßt wurden, diese Obligationen zu den untheilbaren zu zählen. Fr. 2. §. 1. 2. fr. 85. §. 4. de V. O. (45. 1.). Fr. 26. §. 13. 14. de condict. ind. (12. 6.). Fr. 34. §. 10. de solut. (46. 3.).

Die Quellen besprechen von den Fällen dieser Art nur diejenigen, in welchen eine einzige Stipulation vorliegt. Kann hier die alternative Stipulation so verstanden werden, daß blos die eine Person Gläubiger, die andere aber solutionis causa adjectus sein solle: so ist sie in diesem Sinne aufrecht zu erhalten. Ist aber diese Deutung nicht möglich, sondern nur die, daß die Leistung entweder an A als Gläubiger oder an B als Gläubiger gemacht werden soll; so ist die Stipulation ungültig. Das Erste gilt in allen den Fällen, in welchen nur für den Einen gültig stipulirt werden kann[52]), und außerdem noch in dem Falle, wenn ein Sclave, der im Miteigenthum steht, eine Leistung für sich oder für den einen oder den andern seiner Herren stipulirt[53]). Das Zweite sagen die Quellen von dem Falle, wenn ein im Miteigenthum stehender Sclave eine Leistung für seinen Herrn A oder für seinen Herrn B stipulirt[54]), so wie auch von dem Falle, wenn ein Sclave, an welchem Jemand den Usufruct hat, etwas, was für eine res fructuarii geleistet werden soll, alternativ für den Usufructuar oder für den Eigenthümer stipulirt[55]).

---

52) Fr. 56. §. 2. fr. 141. §. 3. de V. O. Fr. 11. in f. — 13. de stip. servor. (45. 3.) Fr. 16. pr. fr. 23. de fidejuss. (46. 1.) Fr. 95. §. 5. in f. fr. 98. §. 5. de solut. (46. 3.).

53) Fr. 11. de stip. servor. In diesem Falle entscheidet das Wort mihi über die Frage, wer Gläubiger werden soll, und die sämmtlichen Eigenthümer werden es jeder zu einem Theile, zugleich ist jeder der alternativ genannten Herren solutionis causa adjectus für das Ganze. — Der Schluß des Fragmentes von den Worten: „Quum ergo“ an, so wie fr. 12 und 13, sind aber nicht auf diesen Fall zu beziehen, sondern auf den Fall des fr. 9. §. 1. eod.

54) Fr. 9. §. 1. de stip. servor. Ebenso wenn für den einen Herrn die eine oder für den andern Herrn eine andere Leistung stipulirt wird. Fr. 10. eod.

55) Fr. 1. §. 5. eod. In andern Fällen gilt eine solche Stipulation für den Eigenthümer, und der Usufructuar ist als solutionis causa adjectus zu betrachten. Fr. 1. §. 5 cit. in f. Fr. 28. pr. eod.

Der die Nichtigkeit herbeiführende Fehler liegt in diesen beiden Fällen offenbar nur darin, daß nicht gehörig bestimmt ist, wer Gläubiger sein soll: eine Unbestimmtheit, deren natürliche Folge ist, daß jedem der beiden Herren des Sclaven, welcher klagen will, entgegnet werden kann, es sei nicht ausbedungen, daß gerade ihm, sondern nur, daß ihm oder dem andern geleistet werden soll[56].

Diese Unbestimmtheit wird vermieden, wenn der Sclave für seine mehreren Herren nicht alternativ, sondern copulativ stipulirt, wenn er nämlich die Frage so stellt, ob der Promittent die Leistung seinem Herrn A und ob er dieselbe Leistung (z. B. eadem decem dare) seinem Herrn B verspreche[57], oder nach Umständen auch so, ob er die Leistung (z. B. Stichum hominem dare) seinem Herrn A und seinem Herrn B zu machen verspreche[58].

---

56) Fitting Correalobl. §. 29 erkennt dieses nicht an. Er erklärt die Ungültigkeit der fraglichen Stipulationen nicht aus der Natur derselben, sondern aus dem mehr zufälligen Umstande, daß die Römer die Regel, eine Stipulation für Einen oder den Andern sei als Stipulation für Einen mit solutionis causa adjectio zu betrachten, und nur dann aufrecht zu erhalten, wenn sie in diesem Sinne gelten könne, von den Stipulationen der freien Menschen auf die der Sclaven übertragen haben. Man muß nun allerdings zugeben, daß in Justinian's Pandekten mehr die Frage betont wird, ob und wann eine Sclavenstipulation der fraglichen Art in dem so eben angegebenen Sinne, als die Frage, ob und wann sie im Sinne einer activen Correalstipulation aufrecht erhalten werde; allein dieses scheint mir lediglich daher zu kommen, daß der Grund, aus welchem das Letztere unzulässig ist, gar zu nahe liegt. Fitting beruft sich auch auf fr. 25. §. 1. de usufructu (7. 1.) und auf fr. 18. §. 3. in f. de stip. servor. Diese Stellen zeigen allerdings, daß die Römer nicht von dem allgemeinen Satze ausgehen, jede Stipulation, bei welcher es noch ungewiß ist, wer durch sie Gläubiger werden wird, sei deßhalb ungültig, wie man wegen fr. 10. 21. de stip. servor. etwa meinen könnte; sie stehen aber mit unserer Ansicht vollkommen im Einklang, wenn die Unterscheidung zwischen zwei Arten von Ungewißheit (von denen nur die eine von Unbestimmtheit herrührt) richtig ist, auf welche unten in die Note 59 hingedeutet wird.

57) Fr. 29. de stip. servor.

58) Fr. 9. pr. eod.

In diesem Falle werden nämlich die beiden Herren Correalgläubiger, gerade wie wenn sie selbst zusammen mit dem Promittenten eine gewöhnliche active Correalstipulation abgeschlossen hätten.

Offenbar kann die Unbestimmtheit auch dadurch vermieden werden, daß der Sclave für den einen Herrn unter einer zulässigen Bedingung und für den andern unter der entgegengesetzten Bedingung stipulirt, z. B. für A unter der Bedingung, „si navis ex Asia venerit“, und für B unter der Bedingung, „si navis ex Asia non venerit“; jedoch hat in diesem Falle die rechtliche Wirkung sehr wenig Aehnlichkeit mit der einer activen Correalstipulation [59]). Von diesem Falle ist aber verschieden der Fall des fr. 21. de stipulatione servorum, nämlich der Fall, wenn ein Sclave zweien oder mehreren Herren so stipulirt: „Kalendis Januariis decem aut Primo aut Secundo dominis, uter eorum tum vivet, dare spondes?“ Diese Stipulation wird für ungültig erklärt, und zwar offenbar deswegen, weil unbestimmt bleibt, welcher der Herren das Geld erhalten soll, wenn beide am ersten Januar noch leben.

Von solchen Fällen, in welchen jede der mehreren Personen, denen alternativ geleistet werden soll, in eigener Person oder

---

59) Mit diesem Falle steht m. E. der auf einer Linie, von welchem im fr. 25. §. 1. de usufr. (7. 1.) und in fr. 18. §. 3. inf. de stip. servor. die Rede ist, nämlich der Fall, wenn ein im Usufruct stehender Sclave Geld stipulirt für eine erst zu machende Leistung, von welcher noch ungewiß ist, ob sie auf Kosten seines Eigenthümers oder seines Usufructuars gemacht werden wird. In diesen beiden Fällen hängt es noch von einer künftigen Eventualität ab, welcher der beiden Herren Gläubiger wird, in dem Falle des Textes von einer durch die Stipulation selbst bestimmten, im andern Falle von einer schon nach einem allgemeinen Rechtssatze entscheidenden Eventualität. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der Sclave alternativ für seinen Herrn A oder für seinen Herrn B stipulirt. Hier fehlt es ganz an einer Bestimmung darüber, welcher von beiden Gläubiger werden soll, während dieses dort von einer künftigen Eventualität abhängig gemacht ist. Vergl. oben Note 56.

durch einen fähigen besondern Stellvertreter eine alternative Stipulation der bezeichneten Art abschließt, ist, wie oben schon herausgehoben wurde, in den Quellen nicht die Rede, weder von dem Falle, wenn diese mehreren Stipulationen getrennt, noch von dem, wenn sie in einem Acte abgeschlossen werden.

Dies findet man auch natürlich, wenn man diese Fälle etwas näher betrachtet.

Schließen A und B mit demselben Promittenten zwei getrennte Stipulationen ab, A eine, wodurch er sich ausbedingt, daß ihm oder dem B eine gewisse Leistung gemacht werde, und B eine, wodurch er sich ausbedingt, daß diese Leistung ihm oder dem A gemacht werde: so gilt jede dieser Stipulationen mit der Wirkung, daß der Stipulator Gläubiger und die mit ihm alternativ genannte Person solutionis causa adjectus ist[60]. Eine Folge ist, daß jeder der beiden Stipulatoren eben so klagen kann, wie aus einer eigentlichen activen Correalstipulation. Es ist aber kein Grund vorhanden anzunehmen, daß, nachdem der Proceß des einen Stipulators mit dem Promittenten eingeleitet ist, und selbst nachdem sie zur Befriedigung des Klägers geführt hat, nicht auch noch der andere mit Erfolg klagen könne. Auch kann, wenn dem einen Stipulator freiwillig Zahlung geleistet worden ist, darüber gestritten werden, ob dieser sie als Gläubiger oder als solutionis causa adjectus empfangen habe, und ob mithin die Forderung des einen oder die des andern noch fortbestehe. Kurz, eine solche doppelte Stipulation würde so verwickelte und unklare Verhältnisse erzeugen, daß nicht leicht Jemand auf den Gedanken kommen wird, sie einzugehen.

Schließen A und B mit demselben Promittenten zwei verbundene Stipulationen ab, fragen sie also auf irgend eine Weise miteinander, ob der Gefragte einem oder dem andern von ihnen eine bestimmte Leistung zu machen verspreche, und wird diese ge-

60) Die Modificationen, welche bei Stipulationen der Sclaven eintreten, sind zu unbedeutend, als daß es nöthig wäre, sie hier zu besprechen.

meinsame Frage bejaht: so ist man geneigt dem Geschäfte denselben Sinn beizulegen, wie wenn ein gemeinschaftlicher Sclave für seine beiden Herren alternativ stipulirt; aber dann hat das Ganze auch denselben Fehler, welchen eine solche Sclavenstipulation hat, und muß mithin wie diese ungültig seyn.

Es gibt indessen einen einigermaßen ähnlichen Weg, auf welchem der Zweck erreicht werden kann, wenn auch nicht ganz mit der gleichen Wirkung wie durch eine wahre active Correalstipulation. Er besteht darin, daß jeder der Stipulatoren eine besondere Stipulation nur für sich mit dem Promittenten abschließt, aber jeder unter der Bedingung, wenn die Leistung nicht dem andern gemacht werde [61]). Auch dieser Weg würde offenbar nicht zum Ziele führen, wenn nicht der Satz recipirt worden wäre, eine solche Bedingung sei so auszulegen: „wenn nicht vor der litis contestatio an die genannte andere Person bezahlt worden sein wird."

Gehen wir nun zu denjenigen alternativen Stipulationen über, wodurch versprochen wird, daß A oder B eine gewisse Leistung machen werde.

Von solchen Stipulationen ist in den Quellen meines Wissens nirgends die Rede. Und man wundert sich darüber nicht, wenn man die einzelnen denkbaren Fälle etwas näher betrachtet.

Wird nur eine Stipulation abgeschlossen, wodurch der Promittent verspricht, daß die Leistung von ihm oder von X geschehen soll: so wird vor Allem X nicht Schuldner, weil man nicht für einen Andern gültig versprechen kann; aber auch die Wirkung kann der den X betreffende Zusatz nicht haben, daß das, was der Promittent schuldig wird, auch von X solle gültig bezahlt werden können, denn dieses ist, wenn der Gegenstand sich

---

61) Fr. 9. de V. O.: „Pomponius libro II. ad Sabinum. — Si Titius et Sejus separatim ita stipulati essent: fundum illum si illi non dederis, mihi dare spondes? finem dandi alteri fore, quoad judicium acciperetur, et ideo occupantis fore actionem."

dazu eignet, auch ohne solchen Zusatz zulässig. Einer solchen Stipulation kann daher **höchstens** die Wirkung zugeschrieben werden, die sie ohne diesen Zusatz haben würde.

Schließen mehrere Promittenten solche Stipulationen ab und zwar jeder eine besondere, z. B. A verspricht, daß durch ihn oder durch B die Leistung geschehen solle, und B, daß sie durch ihn oder A geschehen solle: so kann nach dem Gesagten, wenn diese Stipulationen aufrecht erhalten werden sollen, ihre Wirkung ohne eine ganz besondere Interpretation keine andere sein als die, daß jeder obligirt wird, wie wenn er das Versprechen ohne Zusatz gemacht hätte, daß also die Leistung von jedem Promittenten besonders, in dem angegebenen Beispiel doppelt, verlangt werden kann, daß mit andern Worten alia atque alia obligatio besteht.

Einfacher sieht es aus und es hat mit einer passiven Correalstipulation große äußere Aehnlichkeit, wenn der Stipulator beide Promittenten gleichzeitig z. B. fragt: versprechet Ihr mir, daß mir von Einem von Euch zehn gegeben werden sollen? Aber auch dieser Weg wird in den Quellen meines Wissens nicht einmal erwähnt: offenbar deswegen, weil auch diese Stipulation so unbestimmt abgefaßt ist, daß keine Klage gegen einen der Promittenten daraus abgeleitet werden kann, wenn nicht von der wörtlichen Auslegung abgegangen wird, wozu die römischen Rechtsgelehrten keine Veranlassung fanden.

II. Das Wesen der aus Correalstipulationen entspringenden Obligationen im Allgemeinen.

§. 6.

Aus dem Inhalt der Correalstipulationen ergibt es sich, daß die Wirkung derselben bei jedem der mehreren rei im Ganzen dieselbe ist, wie wenn er die von ihm als Stipulator oder Promissor abgeschlossene auf das Ganze gehende Stipulation ohne correi abgeschlossen hätte, aber mit einer sogleich in die Augen

fallenden wichtigen Einschränkung, welche darin besteht, daß jede Zahlung, welche den einen correus ganz oder theilweise befreit, oder ihm sein Forderungsrecht ganz oder theilweise entzieht, auch bei dem andern die gleiche Wirkung erzeugt[62]).

An diese eine Einschränkung der Wirkungen der Correalstipulationen knüpfen sich noch einige andere an, die von den klassischen Juristen aus der Natur dieser Stipulationen abgeleitet werden.

Dagegen liegt in der Art der Abfassung der Correalstipulationen keine Veranlassung anzunehmen, daß in irgend einer Beziehung umgekehrt das Rechtsverhältniß eines der rei stärker sei, daß es nämlich leichter entstehen oder klagbar werden oder weniger leicht aufhören oder entkräftet werden könne, als wenn derselbe keinen correus hätte. Auch finden wir bei den klassischen Juristen nirgends eine Annahme dieser Art[63]); und das Justinianeische Recht enthält nur eine derartige singuläre Vorschrift, die sich auf die Unterbrechung der Klagenverjährung bezieht[64]).

Die noch nicht genannten Einschränkungen der Wirkung der Correalstipulationen bestehen darin, daß in gewissen Fällen eine Forderung oder eine Schuld (auf andere Weise als durch solutio) leichter ipso jure oder ope exceptionis aufhört, weil der Gläubiger oder Schuldner einen oder mehrere correi hat.

Sie lassen sich unter drei Rubriken bringen. Erstens gibt es eigentliche Beendigungsarten[65]) und Entkräftungsarten[66]), die, ohne unter den Begriff der eigentlichen solutio subsumirt werden zu können, doch als Befriedigung angesehen werden und deshalb auch auf die correi wirken. Zweitens wird, wenn

---

62) §. 1. J. h. t. S. unten §. 17 und 18.

63) S. übrigens auch unten §. 20.

64) C. 5. C. h. t. (8. 40.)

65) S. unten §. 18.

66) Hieher gehört der liberatorische Schiedseid. S. unten §. 21. Ueber das absolutorische Urtheil s. §. 26.

der eine reus stipulandi klagt und es zur litis contestatio kommt, der andere durch Prävention ausgeschlossen [67]) und eben so im Falle eines constitutum, welches der eine mit dem gemeinsamen Schuldner abschließt [68]). Nach älterem Rechte konnte auch bei mehreren rei promittendi etwas Aehnliches vorkommen [69]). Wenn nämlich der eine belangt wurde und es zur litis contestatio kam, so wurde durch diese electio der andere regelmäßig befreit. Man betrachtete dieses aber schon frühe als eine unbillige Härte gegen den Gläubiger, man ließ daher zu, daß durch ein pactum das Gegentheil ausbedungen wurde, und davon wurde denn auch nach Justinian's Zeugniß meistens Gebrauch gemacht, gerade wie in dem Falle, wenn es sich um einen Hauptschuldner und um einen oder mehrere Fidejussoren handelte, bis Justinian endlich verordnete, die alte consumirende Wirkung der electio soll in allen diesen Fällen auch ohne besonderes pactum hinwegfallen. Endlich gibt es drittens eine Beendigungsart [70]) und mehrere Entkräftungsarten [71]) der Obligationen, welche, wenn sie bei einem correus vorkommen, der mit dem andern in dem Verhältnisse der Societät steht, wegen dieses Verhältnisses ihre Wirkung auch auf diesen auf irgend eine Weise erstrecken.

§. 7.

Mit den im §. 6 übersichtlich vorgetragenen Grundsätzen über die aus den Correalstipulationen entspringenden Obligationen haben wir nun den auf diese Obligationen sich beziehenden Sprachgebrauch der Römer zu vergleichen.

Dieser Sprachgebrauch ist ein doppelter.

---

67) S. unten §. 22, 23 und besonders §. 24.

68) S. unten §. 27.

69) Ueber das Folgende s. Justinian's c. ult. (28.) C. de fidejussorib. (8. 41.) und unten §. 22, 23 u. 25.

70) Die confusio. S. unten §. 19.

71) S. unten §. 21.

In einer großen Anzahl von Stellen[72]) wird davon ausgegangen, daß eben so viele Obligationen entstehen, als einzelne rei stipulandi oder promittendi gültig constituirt sind. Einigemal wird dieses auch besonders betont. So namentlich in einer Stelle[73]) mit den Worten: „in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio." So in einer andern Stelle[74]) mit den (auf den Fall, wenn bei Abschließung einer Correalstipulation eine der Antworten auf die mehreren Fragen vor der andern erfolgt, sich beziehenden) Worten: „pristinam obligationem durare et sequentem accedere", und in einer dritten Stelle[75]) durch Aufstellung des Satzes, ein correus, der den andern beerbt, stehe in zwei Obligationen.

Neben diesem Sprachgebrauche kommt es aber öfter vor, daß die Quellen herausheben, es sei eine obligatio, in welcher mehrere rei stipulandi oder promittendi stehen[76]), oder daß von duo rei ejusdem obligationis[77]), von ejusdem obli-

---

[72]) Außer den in den folgenden Noten citirten Stellen verdient wohl besonders herausgehoben zu werden fr. 128. de V. O., namentlich die Worte: „quia non alterius nomine ei solvitur, sed suae obligationis, quae nulla est."

[73]) Fr. 9. §. 2. h. t. (45. 2.)

[74]) Fr. 3. pr. eod.

[75]) Fr. 13. eod. So auch fr. 5. de fidejussorib. (46. 1.) fr. 93. §. 2. de solut. (46. 3.)

[76]) Fr. 2. v.: „tota solv. obligatio" fr. 3. §. 1. v. „una obl." fr. 6. §. 3. fr. 9. §. 1. v. „naturam obligationis" h. t. (45. 2.) §. 1. vergl. mit pr. J. eod. 3. 16. (3. 17.) Fr. 9. pr. de pactis (2. 14.) v. „unum debitum" Fr. 62. pr. ad leg. Falc. (35. 2.) v. „dividi inter eos debere obligationem." Vergl. Fitting S. 16 fgg. Man zählt auch mehrere Stellen hieher, die von der confusio sprechen, namentlich fr. 13. h. t. (45. 2.) fr. 71. pr. de fidejuss. (46. 1.) fr. 93. §. 1. de solut. (46. 3.) Es fragt sich aber, ob diese Stellen nicht vielmehr von der besondern obligatio des einzelnen reus zu verstehen sind.

[77]) Fr. 116. de V. O. (45. 1.) S. auch fr. 14. rat. rem haberi (46. 8.) v. „ejusdem obligationis socius" ferner fr. 71. pr. de fidejuss. (46. 1.) v. „duo rei ejusdem debiti."

gationis participes [78]), oder endlich von einer communis obligatio [79]) gesprochen wird.

Da jeder reus promittendi im Ganzen behandelt wird, wie wenn der Stipulator nur von ihm stipulirt, und jeder reus stipulandi, wie wenn nur er stipulirt hätte, und da auch Ereignisse eintreten können, welche zur Folge haben, daß wirklich nur einer der rei promittendi Schuldner oder nur einer der rei stipulandi Gläubiger wird oder bleibt: so ist nichts natürlicher, als daß man, wenn die Correalstipulation vollkommen gültig ist, von jedem der ersteren sagt, er sei obligirt, und von jedem der letzteren, ihm sei der Promissor obligirt; und davon ist denn eine Consequenz, daß man von mehreren Obligationen aus einer Correalstipulation spricht, wiewohl man zugeben muß, daß diese mehreren Obligationen nicht ganz unabhängig von einander sind.

Aber wie kommt man zu dem andern Sprachgebrauch? Und wie vereinigt sich dieser mit dem ersten und mit dem römischen Begriffe einer obligatio?

Diese Fragen werde ich in den zwei nächstfolgenden Paragraphen zu beantworten suchen.

§. 8.

Die Ursache des zu erklärenden Sprachgebrauches liegt hauptsächlich darin, daß die Leistung, die durch eine Correalstipulation ausbedungen wird, ungeachtet der Mehrzahl der Gläubiger oder Schuldner nur einmal gemacht zu werden braucht.

Von mehreren Obligationen, die auf die gleiche Leistung gehen, wird regelmäßig durch einmalige Erfüllung nur eine aufgehoben, auch wenn sie alle einem und demselben Gläubiger

---

78) Fr. 16. pr. de acceptilat. (46. 4).

79) Fr. 34. §. 1. de solut. (46. 3.)

oder gegen einen und denselben Schuldner zustehen[80]). Es können aber besondere Gründe vorhanden sein, aus welchen sie durch einmalige Leistung des geschuldeten Gegenstandes alle aufhören[81]). Ein solcher Grund liegt bei Obligationen, die durch Rechtsgeschäfte contrahirt werden, besonders[82]) in dem bei Errichtung des Rechtsgeschäftes ausgesprochenen Willen, und bei Stipulationen wird derselbe gewöhnlich dadurch ausgesprochen, daß die Stipulation, die auf Begründung einer weiteren obligatio geht, unter Bezugnahme auf die andere obligatio abgefaßt und der Gegenstand der Leistung durch „idem" oder auf ähnliche Weise bezeichnet wird. Dieses kommt, wie wir oben im §. 3 gesehen haben, bei activen und passiven Correalstipulationen vor. Es kommt ferner bei der fidejussio vor[83]), die in dieser Beziehung mit der passiven Correalstipulation Aehnlichkeit hat[84]); und es kam nach älterem Rechte auch bei der adsti-

80) Z. B. ich bin dem A 100 Gulden schuldig und dem B ebenfalls 100 Gulden; oder ich bin dem A den Sclaven Stichus schuldig, den ich ihm verkauft habe, und dem B bin ich den nämlichen Sclaven schuldig, weil ich denselben auch ihm verkauft habe. Oder ich habe von A 100 Gulden zu fordern und von B ebenfalls 100 Gulden; oder ich habe den Sclaven Stichus von A zu fordern aus einem Kaufe und von B aus einem Legate.

81) Der Umstand, daß dieselbe bestimmte species, z. B. der Sclave Stichus, den Gegenstand beider Obligationen bildet, ist für sich allein kein Grund zu einer Ausnahme. Kann nämlich eine zweite Leistung in Natur nicht erfolgen, so muß sie in Geld geschehen. Nur in dem besonderen Falle, wenn der Erwerb ex causa lucrativa erfolgt und die noch nicht erfüllte Forderung auch auf einer causa lucrativa beruht, hört dieselbe auf; und hier geschieht es nicht, weil eine Zahlung erfolgt, sondern wegen des Erwerbes und der causa, ohne Unterschied, ob der Erwerb durch Erfüllung einer obligatio oder auf andere Weise zu Stande kommt.

82) Von ähnlichen Fällen, in welchen es sich aber um Obligationen handelt, die nicht aus Rechtsgeschäften oder wenigstens nicht aus Stipulationen entspringen, oder der Grund der Ausnahme nicht auf dem ausgesprochenen Willen beruht, wird in der folgenden Abhandlung die Rede sein.

83) Pr. J. quib. mod. oblig. toll. 3. 29. (3. 30.)

84) Gaj. III. §. 116. IV. §. 137. Vergl. §. 7. J. de fidejuss. 3. 20. (3. 21.) fr. 8. pr. de fidejuss. (46. 1.) c. 12. C. eod. (8. 41.)

pulatio vor, die mit der activen Correalstipulation Aehnlichkeit hatte [85]).

In allen diesen Fällen ist der Umstand, daß durch Erfüllung der einen obligatio auch die übrigen getilgt werden, geeignet auf den Sprachgebrauch im täglichen Leben Einfluß zu äußern. Auch die feinere wissenschaftliche Auffassung der Lehren von der solutio drängt zu einem besondern Sprachgebrauche hin, jedoch nicht in allen angeführten Fällen auf gleiche Weise.

Wenn das Activvermögen einer Person (z. B. eines Verstorbenen) berechnet werden soll und diese z. B. aus einer Correalstipulation an zwei Personen 1000 Gulden, oder aus einem Darlehn an A, wofür B sich verbürgt hat, 1000 Gulden zu fordern hat: so versteht es sich von selbst, daß diese 1000 Gulden dort wie hier nur einmal angesetzt werden; und eben so, wenn der Schuldenstand einer Person berechnet werden soll, die aus einer Correalstipulation an zwei Personen 1000 Gulden, oder, was nach Justinianeischem Rechte nicht mehr vorkommen kann, aus zwei getrennten Stipulationen einem Stipulator und seinem Adstipulator, 1000 Gulden schuldig ist. Den Grund kann man so bezeichnen: es seien ja in den beiden ersten Fällen dieselben 1000 Gulden, welche die fragliche Person von jedem der beiden Correalschuldner, beziehungsweise von dem Hauptschuldner und dem Bürgen zu fordern hat, und eben so seien es in den beiden letzten Fällen dieselben 1000 Gulden, welche die fragliche Person jedem der beiden Correalgläubiger, beziehungsweise dem Stipulator und seinem Adstipulator, schuldig ist. Wie natürlich ist es nun, wenn Leute, die das Recht nicht wissenschaftlich auffassen, in der Art des Ausdruckes noch einen Schritt weiter gehen, und in dem ersten und zweiten Falle sagen, die fragliche Person habe an die beiden Correalschuldner nur eine Forderung auf 1000 Gulden und eben so an den Hauptschuldner und seinen Bürgen, und wenn sie ferner sagen, es sei

85) Gaj. III. §. 110. 111.

nur eine Schuld von 1000 Gulden, wofür die beiden Correalschuldner, es sei nur eine Schuld von 1000 Gulden, wofür der Hauptschuldner und der Bürge haften; und wenn sie im dritten und vierten Falle sagen, es sei nur eine und dieselbe Schuld, welche die fragliche Person bei den zwei Correalgläubigern oder bei dem Stipulator und seinem Adstipulator stehen hat, es sei eine und dieselbe Forderung, welche beide an die fragliche Person haben!

Und wie verhält sich die römische Jurisprudenz zu dieser naturwüchsigen Ausdrucksweise?

Sie verhält sich dazu nicht in allen vier Fällen auf gleiche Weise. Sie macht einen Unterschied zwischen den Fällen der fidejussio und der adstipulatio auf der einen und den Fällen der passiven und der activen Correalstipulation auf der andern Seite.

In dem Falle der fidejussio sagt sie: der Bürge ist alieno nomine obligirt, während der Hauptschuldner es proprio nomine ist[86]). Damit soll gesagt werden: der Bürge stehe in einer obligatio, vermöge welcher er angehalten werden könne, für den Hauptschuldner zu bezahlen[87]), während der Hauptschuldner in einer obligatio stehe, vermöge welcher er angehalten werden könne, für sich selbst zu bezahlen. Daraus folgt, daß durch Zahlung von Seite des Bürgen auch der Hauptschuldner eben so frei wird, wie wenn irgend ein Dritter, der nicht dazu obligirt ist, freiwillig für ihn bezahlt[88]). Ferner folgt daraus, daß durch Zahlung des Hauptschuldners, wie durch jede andere

---

86) Fr. 1. §. 8. init. de O. et A. (44. 7.) „Gajus libro. II. Aureorum. — §. 8. Sed aut proprio nomine quisque obligatur, aut alieno; qui autem alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur.“ Vergl. pr. J. de fidejuss. 3. 20. (3. 21.) „Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur.“

87) §. 6. J. de fidejuss. „Si quid autem fidejussor pro reo solverit, etc.“

88) Pr. J. quib. mod. obl. toll. 3. 29. (3. 30.)

Auflösung der obligatio desselben, auch der Bürge frei wird, weil ich nicht verpflichtet sein kann für einen Andern zu bezahlen, was dieser nicht mehr schuldig ist [89]).

So spricht denn die römische Jurisprudenz in diesem Falle von einer obligatio des Hauptschuldners und einer in einem accessorischen Verhältniß dazu stehenden [90]) fidejussoria obligatio [91]). Sie findet diese Bezeichnung schon hinreichend, um es zu erklären, daß durch Zahlung des Hauptschuldners auch der Bürge und durch Zahlung des letzteren auch der erstere frei wird. Sie findet es mit andern Worten nicht nöthig, noch einen zweiten Sprachgebrauch anzunehmen, wonach die beiden Obligationen zusammen eine Gesammtobligation bilden. Sie trägt wohl auch Bedenken sich eines solchen Ausdruckes zu bedienen [92]): einmal weil der Bürge nur accessorisch obligirt ist; und dann weil die Obligirung desselben durch einen Act erfolgt, der nicht blos von demjenigen, durch welchen die Hauptschuld entsteht, ganz getrennt, sondern oft auch von ganz anderer Art ist als dieser, indem zur fidejussio nach römischem Rechte immer eine Stipulation erforderlich ist,

---

89) Pr. J. cit.

90) S. z. B. §. 5. J. de fidejuss. fr. 34. fr. 71. pr. v. „sed et accessiones" D. eod. (46. 1.)

91) Dieser Ausdruck kommt namentlich vor in fr. 14. fr. 21. §. 2. fr. 49. in f. fr. 50. de fidejuss.

92) Dennoch finden wir in den Quellen eine Stelle von Gajus, welche diesem Sprachgebrauche zu huldigen scheint. Dies ist das aus lib. II. Aureor. entnommene fr. 1. §. 8. de obl. et act. (44. 7.), worin die Annahme von Bürgen mit folgenden Worten besprochen wird: „et plerumque ab eo, qui proprio nomine obligatur, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur." Wahrscheinlich ist hier „pro" vor „eadem" zu suppliren. Wäre dieses aber auch nicht der Fall, so könnte in einer solchen einmaligen Aeußerung meines Erachtens nichts weiter gefunden werden, als eine durch den vulgären Sprachgebrauch veranlaßte Ungenauigkeit des Ausdruckes. Jedenfalls legten die Compilatoren auf diese Aeußerung kein Gewicht, denn sonst hätten sie ihr eine andere Stelle angewiesen; und eben so wenig die Redactoren der Basiliken (LII. 1. 1.), denn sonst hätten sie dieselbe nicht gestrichen.

während die Hauptschuld auch auf einem andern Contracte, auf einem Quasicontracte, auf einem Delicte, auf einem Quasidelicte und auf jeder andern möglichen Entstehungsart einer klagbaren oder natürlichen Obligation beruhen kann [93]).

Aehnlich verhält es sich mit dem Falle der ehemaligen adstipulatio [94]). Dem Adstipulator war der Schuldner in der Art obligirt, daß jener anstatt des Hauptgläubigers die Zahlung von ihm verlangen konnte, um dem Hauptgläubiger das Empfangene abzuliefern oder zu verrechnen. Erhielt nun der Adstipulator die Zahlung, so hörte mit seinem Forderungsrecht auch das des Hauptgläubigers auf, weil er sie für diesen erhielt, und erhielt der Hauptgläubiger als solcher die Zahlung, so verstand es sich von selbst, daß auch der Adstipulator sein Forderungsrecht verlor, weil dasselbe nur in der Befugniß bestand, das, was der Hauptgläubiger zu fordern hatte, für diesen einzuziehen und nöthigenfalls einzutreiben.

Bei dieser Auffassung hielten es die römischen Rechtsgelehrten wohl auch hier nicht für nöthig, dem vulgären Sprachgebrauche, der sich vielleicht auch auf diesen Fall erstreckte, so weit zu folgen, daß sie sagten, die Forderung des Stipulators und die des Adstipulators bilden zusammen eine Gesammtobligation. Sie trugen wohl auch Bedenken sich auf diese Weise auszudrücken: einmal deswegen, weil der Adstipulator nur eine accessorische Forderung hatte, und dann auch deswegen, weil die Hauptforderung und die Nebenforderung zwar immer auf gleichartigen Acten beruhten, nämlich auf Stipulationen, aber nicht auf einem und demselben gemeinsamen, sondern jede auf einem besonderen Stipulationsacte.

Anders steht es im Falle der Correalstipulation, der passiven sowohl als der activen.

---

93) Pr. §. 1. seqq. J. de fidejuss. Fr. 1. 2. fr. 6. §. 2. fr. 8. §. 1—3. 5. 6. fr. 57. eod.

94) Gaj. III. §. 110—114. 117. 126. 215. IV. §. 113.

Durch die erstere wird jeder der rei promittendi suo nomine obligirt. Man kann daher, wenn der eine correus bezahlt, erstens nicht sagen, er bezahle ganz für den andern und deswegen werde dieser mit jenem frei; eben so wenig kann man zweitens sagen, der andere werde deswegen frei, weil er nicht mehr verpflichtet sein könne, für jenen zu zahlen; und eben so wenig kann man endlich drittens (wie in dem Falle, wenn zwei, jeder zu einem Theile Hauptschuldner waren und sich zugleich für einander verbürgt hatten) sagen, der andere werde zu einem Theile aus dem ersten und zum andern Theile aus dem zweiten Grunde frei. Und doch soll nach dem Sinne des Vertrages, soweit der eine Correalschuldner (oder ein Dritter für ihn) bezahlt, auch der andere frei, es soll der Gegenstand nur einmal geleistet werden. Auch sind beide durch einen und denselben Act obligirt. So fanden denn die römischen Rechtsgelehrten hinreichende positive Gründe, und nichts, was sie abhielt hier dem Sprachgebrauche zu folgen, der sich ohnehin im gewöhnlichen Leben gebildet haben mag. So kam es offenbar, daß auch sie sagten: alle durch eine passive Correalstipulation obligirte Personen stehen mit dem Stipulator in einer Gesammtobligation (una obligatio, communis obligatio).

Aehnliche Betrachtungen waren offenbar auch bei der activen Correalobligation entscheidend. Hier ist jeder der mehreren Gläubiger Hauptgläubiger, jeder kann mit andern Worten die Zahlung für sich verlangen, und doch soll der Schuldner den Gegenstand nach dem Sinne des Vertrages nur einmal zu leisten haben, er soll also, soweit er oder ein Anderer für ihn dem einen Gläubiger bezahlt, auch von dem andern frei werden; und zugleich leiten alle Gläubiger ihr Forderungsrecht aus einem und demselben Stipulationsacte ab. Dies sind offenbar die Gründe, aus welchen die römischen Rechtsgelehrten auch hier den vulgären Sprachgebrauch adoptirten, und sagten, die Correalgläubiger stehen mit ihrem gemeinsamen Schuldner in einer Gesammtobligation.

§. 9.

Der in den §§. 7 und 8 besprochene zweifache Sprachgebrauch der Römer enthält, wenn man ihn auf die dargestellte Weise auffaßt, durchaus keinen Widerspruch, und rechtfertigt sich dadurch, daß die Rechte Mehrerer, die in dem einen, und die Verbindlichkeiten Mehrerer, die in dem andern Falle durch einen und denselben Stipulationsact begründet werden, in vielen Beziehungen von einander unabhängig, in einigen aber von einander abhängig sind, welches Letztere daher kommt, weil der gemeinsame Gegenstand derselben nur einmal geleistet zu werden braucht, ohne daß der eine der Mitgläubiger nur accessorisch berechtigt oder der eine der Mitschuldner nur accessorisch verpflichtet ist.

Die so aufgefaßte Unitätslehre steht auch nicht im Widerspruche mit dem römischen Begriffe einer obligatio.

Es ist unrichtig, wenn man sagt: es gehöre zum Wesen einer römischen obligatio, daß nur zwei Personen dabei betheiligt seien, ein Gläubiger und ein Schuldner. Dies ist allerdings der gewöhnliche, einfache Fall. Aber keine Stelle sagt, daß es der einzig mögliche Fall sei. Auch ist die bekannte Legaldefinition der obligatio [95]) so abgefaßt, daß sie sich mit der Annahme, es gebe auch Fälle einer Gesammtobligation, in welchen mehrere Gläubiger oder Schuldner stehen, wohl verträgt. Sie lautet:

„Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura.“

Hier ist in dem Ausdruck „adstringimur“ von Schuldnern in unbestimmter Zahl bei einer und derselben obligatio die Rede, und der Gläubiger wird gar nicht erwähnt, der doch nothwendig erwähnt werden müßte, wenn die entgegengesetzte Ansicht die richtige wäre.

---

95) Pr. J. de obligationib. 3. 13. (14.)

Nicht minder verträgt es sich mit der bildlichen Auffassung einer obligatio als einer rechtlichen Fessel, daß in unserem Falle mehrere Obligationen angenommen werden, die zusammen eine Gesammtobligation bilden. Man muß sie sich nämlich als mehrere Fesseln an einem Stücke denken, oder mit andern Worten als eine aus mehreren zusammengesetzte Fessel.

§. 10.

Es bedarf nach dem Vorgetragenen kaum einer Erwähnung, daß ich die Frage, ob es nach dem Sprachgebrauche der Quellen eine oder mehrere Obligationen sind, worin mehrere correi stehen, weniger zur Hauptsache mache als die meisten neueren Schriftsteller, daß ich nämlich diesen Theil des Sprachgebrauches der Quellen nicht als das einzige Mittel, sondern nur als eines von verschiedenen uns zu Gebot stehenden Mitteln zur Erforschung des Wesens des Correalverhältnisses ansehe. So wäre es meines Erachtens möglich gewesen, daß die Unitätslehre bei den römischen Rechtsgelehrten nicht herrschend geworden wäre, und sie das Wesen der Correalität dennoch ganz eben so aufgefaßt und die nämlichen Consequenzen daraus gezogen hätten, wie es wirklich geschehen ist; und eben so wäre es möglich gewesen, daß sie sich gewöhnt hätten immer nur von der Gesammtobligation und nie von einzelnen Obligationen einzelner correi, woraus die Gesammtobligation zusammengesetzt ist, zu sprechen, ohne daß sie deswegen das Wesen des ganzen Rechtsverhältnisses anders aufgefaßt und andere Folgerungen daraus gezogen hätten als wirklich geschehen ist.

Aus dem Gesagten erklärt es sich auch, daß, obgleich ich die Mehrheit und die Einheit zugleich in den Quellen angenommen finde, doch meine Auffassung des Wesens der Correalobligationen nicht gerade die Mitte hält zwischen der Auffassung Derjenigen, welche die Mehrheit und der Auffassung Derjenigen, welche die

Einheit leugnen, sondern der Auffassung der Letzteren weit näher kommt als der der Ersteren [96]).

Was das Verhältniß meiner Theorie zu der besonders von Fitting [97]) ausgebildeten Alternativitätstheorie betrifft, so ist ein Element der letzteren auch in der ersteren wohl berücksichtigt, allein ich gehe darin nicht soweit als Fitting und Andere. Ich sehe es nämlich als ein wesentliches Merkmal in dem Begriff der Correalobligationen an, daß die Leistung, die den Gegenstand derselben bildet, und jeder Theil dieser Leistung, nur einem der mehreren Correalgläubiger (dem einen oder dem andern), beziehungsweise von einem der mehreren Correalschuldner (von einem oder dem andern) gemacht zu werden braucht, und gebe zu, daß man dieses wesentliche Merkmal mit dem Ausdruck Alternativität bezeichnen kann. Allein ich finde dasselbe bei den jetzt sogenannten wahren Correalobligationen, und namentlich auch bei denjenigen, die durch Correalstipulationen contrahirt werden, nur in der Gestalt, in welcher ich es auch bei den jetzt sogenannten blos solidarischen Verbindlichkeiten finde, nämlich nur in dem Sinne, daß es das Aufhören (bald das Aufhören ipso jure, bald das Aufhören ope exceptionis) der mehreren Obligationen, die in der

---

96) So viel über das Verhältniß meiner Theorie zu der reinen Einheitstheorie und zu der reinen Mehrheitstheorie. Brinz (krit. Blätter Nr. 4. Pand. §. 139—143), der, wie Bekker (proc. Consumt. §. 17), sich besonders dadurch ein Verdienst um die Correalitätslehre erworben hat, daß er einige Schwächen der ersteren aufdeckte und dadurch den Weg zu einer richtigern Auffassung bahnen half, stellte unter andern positiven Behauptungen auch die auf, daß die Stellvertretung ein wichtiges Moment in dem Wesen der Correalobligation sei, und sprach darüber eine Ansicht aus, die an Kuntze Obl. und Singularsucc. S. 128 und an Fitting Correalobl. S. 5 fgg. Anm. 9 entschiedene Gegner fand. Einiges über diese Seite des Institutes nach meiner Auffassung s. in der gegenwärtigen Abhandlung §. 3, 8 und 21 Note 1. Vergl. Arndts Pand. 3. Aufl. §. 313 Anm. 3.

97) Correalobl. §. 23 fgg.

Regel[98]) mit einander entstehen, oder einzelner derselben befördert[99]). Ich finde nicht mit Fitting bei den ersteren eine besondere Alternativität, die mit den Worten zu bezeichnen ist, es sei bei der Contrahirung des Verhältnisses noch ungewiß, welcher von den mehreren correi der eigentliche Gläubiger oder Schuldner sei.

Aehnlich verhält es sich mit meiner Ansicht über die Wahl zwischen mehreren correi, welche Fitting als das Mittel ansieht, wodurch die von ihm behauptete Alternativität im einzelnen Falle meistens aufgehoben werde. Ich gebe nämlich zu, daß die Wahl hier eine gewisse Rolle spielt, und daß die Correalobligationen auch in dieser Beziehung mit den gewöhnlich allein sogenannten alternativen Obligationen eine gewisse Aehnlichkeit haben; allein ich kann weder anerkennen, daß bei s. g. wahren Correalobligationen eine Wahl vorkomme, die einen andern Sinn habe als bei den s. g. blos solidarischen Obligationen, noch daß bei jenen die Wahl oder das Wahlrecht eine größere Rolle spiele als bei diesen[100]).

Ungeachtet dieser Abweichungen führt die Fitting'sche Theorie in wichtigen Punkten zu denselben Ergebnissen wie die meinige. Ich mache hier nur zwei Punkte namhaft, welche nicht angebliche Eigenheiten der s. g. blos solidarischen Obligationen betreffen und überhaupt der Aufgabe der gegenwärtigen Abhandlung nicht fremd sind. Fitting findet nämlich erstens eben so wenig

---

98) Ausnahmen s. unten §. 13.

99) In den in der vorigen Note berührten Ausnahmsfällen kann es allerdings vorkommen, daß der Correalität, oder, wenn man sich so ausdrücken will, der Alternativität, wegen eine der beabsichtigten einzelnen Obligationen schon vor ihrer Entstehung definitiv hinwegfällt, z. B. durch Zahlung der andern, oder es kann sich entscheiden, daß sie, wenn sie entsteht, nur eine einfache obligatio sein wird, z. B. dadurch, daß der correus von der andern Partei beerbt wird.

100) Ueber diesen Punkt s. noch unten §. 25 Note 1 und über die Prävention bei activen Correalobligationen §. 24 und 27.

als ich in dem Wesen der Correalität einen Grund einen der Correalschuldner in irgend einer Beziehung für mehr verpflichtet, oder einen der mehreren Correalgläubiger für mehr berechtigt anzusehen, als er es ohne correus sein würde [101]; und zweitens sehen wir beide die Keller-Ribbentrop'sche Erklärung des Einflusses der litis contestatio auf denjenigen correus, der an dem Proceß keinen Antheil nimmt, für unrichtig an [102].

---

101) Fitting §. 10, 11 und 32. Vergl. oben §. 6 und unten §. 17, §. 19 im Anf. und §. 20. S. jedoch auch §. 21 am E.

102) Fitting §. 13. Vergl. oben §. 6 und unten §. 22 fgg.

(Fortsetzung folgt.)

XIX.

Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen.

Von

Herrn Dr. Hermann Bischof.

(Fortsetzung der Abh. XVI im vorigen Hefte.)

Viertes Kapitel.

(Fortsetzung).

Dieser sogenannte Verfassungseid war auch dem Landesstaatsrecht des deutschen Reiches nicht unbekannt [1]).

Derselbe bedingt aber nicht die Existenz einer Verbindlichkeit, sondern enthält nur die moralische Bestärkung einer bereits vorhandenen rechtlichen Pflicht [2]). Moser sagt in seinem Buche „Von der Reichsstände Landen" [3]): „Ist nun der Landesherr selbst an die Landesverträge und Freiheiten gebunden, so folgt

---

1) Vergl. H. A. Zachariä, St.-R. I. S. 268. Anmerkg. 1.

2) S. Zöpfl, Grundſ. II. §. 285. S. 213. — H. A. Zachariä, Staats- und Bundes-Recht, I. §. 57. S. 268. — Vergl. Stahl, a. a. O., S. 299. „Er gibt den Schwörenden keineswegs eine andere Stellung zur Verfassung, als sie ohnedies in ihrem Berufe liegt."

3) S. 1156.

von sich selbsten daraus, daß also auch dessen Collegien und Bediente von allerlei und allen Gattungen schuldig seien, dieselbige zu beobachten. Um aber dessen desto mehrers vergewissert zu sein, pflegen die Landstände mehrmalen darauf zu dringen, daß denen landesherrlichen Räthen, Canzlei-, Land-, Hof- und Forst-Bedienten, ja auch Offiziers und Soldaten ausdrücklich in ihren Amtseid und Instruction gesetzt werde, sie sollen nicht gegen die Landesfreyheiten und Verträge rathen, selber handeln oder sich gebrauchen lassen; worinnen denen Landständen auch da und dorten willfahrt worden ist, anderwärts aber nicht oder doch nicht so weit, als sie es begehrt haben." — H. A. Zachariä erklärt deßhalb, daß es am besten wäre, man verzichtete ganz auf den besondern Verfassungseid der Staatsdiener, wie in Hannover seit 1840. „Der Bestand der Verfassung verliert dadurch eben so wenig, als er durch den Verfassungseid gewinnt [1]."

Mit allen übrigen Staatsbeamten ist auch der Richter zu Ablegung des Verfassungseides verpflichtet. Letzterer begründet somit keine neue nicht bereits bestehende Verbindlichkeit, sondern sucht nur dem rechtlichen Band, welches den Richter an die verfassungsmäßige Verwaltung seines Amtes knüpft, eine moralische Stärkung zu verleihen.

Die Vertheidiger des richterlichen Prüfungsrechtes behaupten aber, daß der Richter durch den Verfassungseid den landesherrlichen Gesetzen und Verordnungen gegenüber in eine Stellung gebracht werde, welche von der analogen sämmtlicher übrigen Staatsdiener abweiche, indem dadurch die richterliche Pflicht, die Verfassungsmäßigkeit jener Constitution zu prüfen, begründet werde.

II.

Verhältniß des richterlichen Eides zu unsrer Controverse.

Der seiner Natur nach soeben erörterte richterliche Eid begründet allerdings eine eigenthümliche selbstständige Verantwort-

[1]) Staatsrecht. I. 270.

lichkeit, insofern gerade im Begriffe richterlicher Function und nach positiven Gesetzen das Moment der Selbstständigkeit einen integrirenden Bestandtheil bildet.

(Vergl. Neumann, med. jur. priv. princ. IX. 35. Jenaer Gutachten, l. c., S. 109—126, bes. 117).

Der Richter darf somit keiner Entscheidung aus dem Cabinet sich freiwillig unterziehen, vielmehr als Entscheidungsquelle aus dem geschriebenen Recht nur die vom verantwortlichen Minister contrasignirte allgemeine Rechtsnorm betrachten. Umgekehrt ist es aber für ihn eine verfassungsmäßige und eidlich beschworene Pflicht, jede contrasignirte landesherrliche Verordnung anzuwenden.

Das zweite Kapitel hat bewiesen, daß nach deutschem Staatsrechte ein objectiver Begriff von Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen existirt. Demnach ist jede allgemeine Rechtsnorm, ihres Inhalts unbeschadet, für den Diener und Bürger des Staates verbindlich, sobald sie mit der Contrasignatur des verantwortlichen Ministers ausgestattet ist. Soll nun der Wirkungskreis irgend einer auf die Beachtung der Verfassung verpflichteten Behörde, in unserem Falle der des Richters, untersucht werden: so ist natürlich unzulässig, letzterem einen subjectiven Maßstab in Beurtheilung des Verfassungsmäßigen zu gestatten, weil gerade die Verfassung selbst das ausdrückliche Verbot des subjectiven Interpretationsstandpunktes an die Spitze ihrer Normen stellt.

Die entgegengesetzte Annahme wird aber durch eine eigenthümliche Beziehung gefordert, in welche unsere Gegner den richterlichen Eid auf die Beobachtung der Verfassung zur Beurtheilung der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen bringen. Jenes eidliche Versprechen hat nämlich in jenseitigem Sinne die Bedeutung und das Ziel, jeden Staatsbeamten, namentlich aber den Richter, zum verantwortlichen Träger der richtigen Interpretation der Verfassung zu machen [1]), während durch unsern objectiven Begriff

---

1) Vergl. Martin, a. a. O., S. 8.

der Verfassungsmäßigkeit die Möglichkeit eines crimen Ministrissimatus auf das Staatsministerium beschränkt worden ist [1]).

So stützte der Correferent des Großh. Hessischen Hofgerichts der Provinz Oberhessen in seinem Votum über die Rechtsbeständigkeit einer landesherrlichen Verordnung v. 17. März 1824 die der richterlichen Competenz günstige Ansicht vorzüglich auf Art. 108 der Verfassungsurkunde, „nach welchem die Richter, gleich den übrigen Staatsdienern, Treue dem Großherzoge, Gehorsam dem Gesetze und Beobachtung der Staatsverfassung beschwören sollen, welchen Eid wir als Richter sämmtlich geleistet haben."

„Sollen — fährt derselbe fort — diese Worte kein leerer Schall sein, so darf auch kein Richter ein constitutionswidrig erlassenes Gesetz seiner Entscheidung zu Grunde legen. Er darf namentlich nicht, um ein recht grelles Beispiel hervorzuheben, diejenigen bestrafen, welche sich der Erhebung der ohne Einwilligung der Landstände erhobenen Steuern widersetzen, denn diese widersetzen sich nur der gegen sie unrechtlich angewandten Gewalt und handeln daher innerhalb der ihnen zustehenden Gerechtsame.

Mir scheint sogar nicht zweifelhaft zu sein, daß ein Richter, welcher nicht gleich einem Administrativ-Beamten an die Befehle der ihm vorgesetzten Behörde bei Ertheilung seines Erkenntnisses gebunden ist, sondern in dieser Hinsicht in einer ganz unabhängigen Stellung sich befindet, als Mitschuldiger des verantwortlichen Ministers wegen des Verbrechens der Verfassungs-Verletzung sich darstellen würde, wenn er wider besseres Wissen ein verfassungswidrig erlassenes Gesetz zur Anwendung brächte [2])." — Diesem Argumente sind vorzüglich der Generalstaatsprokurator Weber [3]) und — des Letztern Abhandlung ergänzend — v. Linde [4]) begegnet.

---

[1]) Leyser, de fictis et de veris delictis ministrorum principis. Med. ad p. spec. 570. m. 19—26.

[2]) Vergl. Röllner, a. a. O., S. 529.

[3]) A. a. O., S. 44—47.

[4]) Im Archiv rc., a. a. O., S. 347.

Uns scheint der Eine Hauptmangel des Arguments darin zu liegen, daß — was durch dasselbe bewiesen werden soll — gerade schon vorausgesetzt wird. Erinnern wir uns vorerst einmal an die Natur dieses Eides, wie sie von den größten publicistischen Auctoritäten des vorigen und jetzigen Jahrhunderts definirt wird: Er begründet keine neue Verbindlichkeit, sondern bekräftigt die vorhandene Eine Rechtspflicht durch sittliche Bande, wie J. Moser, Stahl, Zöpfl und H. A. Zachariä an den oben angeführten Orten gründlich und weitläufig erklären. Soll also die fragliche Pflicht in der Stellung des Richters fußen, so kann zwar, wenn die rechtliche, verfassungsmäßige Verbindlichkeit bereits demonstrirt ist, aus letzterer gefolgert werden, daß der allgemeine Eid auf Beobachtung der Verfassung auch die verfassungsmäßige Beobachtung jener speciellen Funktion im Gewissen sanctionire; niemals aber ist erlaubt, aus dem Verfassungs-Eide eine Pflicht zu deduciren, deren rechtliche Existenz nicht vorher und selbstständig nachgewiesen ist. Der Richter soll allerdings nach und in Gemäßheit der Verfassungsurkunde richten, indem er dadurch einer eidlich bekräftigten Pflicht nachkommt. Aber das ist ja gerade die Vor- und höhere Frage, was nach und in Gemäßheit der Verfassungs-Urkunde verfassungsmäßige Grenze sei, innerhalb welcher der Richter berechtigt und verpflichtet ist, die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen zu prüfen [2]). — Die Göttinger Juristen-Facultät spricht sich [3]) dahin aus, daß sie „nach deutschem und kurhessischem Staatsrechte nicht bloß auf den Mangel der verfassungsmäßigen Form des

[1]) S. oben, S. 559.

[2]) Il résulte de la une garantie de respecte pour le pacte fondamental; mais résulte il de la pour le simple fonctionnaire qui jure obéissance à la constitution le droit de refuser d'appliquer la loi que dans sa sagesse il aura considérée comme inconstitutionelle?“ Faider, Nouvelle Étude, p. 8.

[3]) A. a. O., S. 137.

Befehles, sondern auch auf den Inhalt desselben, sofern seine Befolgung den Beamten zum Theilnehmer des offenbaren Umsturzes der Verfassung machen würde, eine Verantwortlichkeit jedes Beamten gründe." Wir behaupten das Nämliche: aber die Verfassung selbst bestimmt, daß der Inhalt einer contrasignirten Verordnung nur dann einen offenbaren Umsturz der Verfassung unter allen Umständen enthält, wenn durch denselben die Contrasignatur in dem Sinne aufgehoben würde, als dieselbe für die Zukunft keine Verantwortlichkeit des contrasignirenden Ministers mehr begründete.

Auch das Heidelberger Gutachten behauptet, daß die Erklärung der Staatsregirung „über die Bedeutung und die Wirksamkeit des von den Staatsbeamten nach §. 60 der Verfassungs-Urkunde geleisteteten Verfassungs-Eides auch namentlich mit §. 146 der Verf.-Urkunde unvereinbar ist [1])." — §. 146 enthält die Vorschrift, daß in den Ausschreiben und Verordnungen, welche Steuern und andere Abgaben betreffen, die landständische Verwilligung besonders erwähnt sein soll, ohne welche weder die Erheber zur Einforderung berechtigt, noch die Pflichtigen zur Entrichtung schuldig sind. Diese Bestimmung bezieht sich aber nur auf die im regelmäßigen Gange des Staatslebens erlassenen Verordnungen. Die obige Einwendung berücksichtigt also nicht jene Zweitheilung, welche die Verfassungsnormen in der Weise sondert, daß die Anwendung gewisser in der Verfassung für die normale Entwicklung des Staatslebens festgesetzten Bestimmungen zu gewissen Zeiten geradezu verfassungswidrig sein kann. Man vermißt die richtige Definition des Verfassungsmäßigen, welche den Character des letzteren an ein objectives und der subjectiven Interpretation unzugängliches Criterium knüpft.

In allen deutschen Staaten geht der Eid der Staatsdiener auf „Beobachtung" des Grundgesetzes, selbst in der Kurhessischen

---

[1]) A. a. O., S. 104—105.

Dienstpragmatik von 1831. §. 13. Der landständische Eid dagegen bezieht sich ausdrücklich auf „Aufrechthaltung" der Verfassung. Einige Vertheidiger der dem richterlichen Prüfungsrechte ungünstigen Ansicht glaubten auf diese Unterscheidung aufmerksam machen zu müssen. Unleugbar liegt in ihr der Grundsatz ausgesprochen, daß nur die Stände berechtigt sind, eine subjective Interpretation über Verfassungsmäßigkeit vor dem Staatsgerichtshofe geltend zu machen. Für den gewöhnlichen Richter dagegen fällt die Aufrechthaltung der Verfassung mit deren Beobachtung zusammen. Man darf hieraus nicht folgern, daß der Richter ein verfassungswidriges Gesetz anzuwenden habe; jedes contrasignirte Gesetz ist bis zu dessen Aufhebung durch den Souverän auf Grund ständischer Einsprache verfassungsmäßig. Wäre das Gesetz für den Richter verfassungswidrig, so dürfte er es vermöge des Verfassungseides nicht anwenden.

Dieser Richtereid bringt übrigens nicht nur die gegnerische, sondern auch unsere eigene Beweisführung um keinen Schritt weiter und verhält sich demnach ganz indifferent; denn es ist ein ähnlicher logischer Fehler der Voraussetzung eines durch die Voraussetzung erst zu Beweisenden, wenn Gfr. Weber umgekehrt den Richtereid insofern für unsere Lehre geltend macht, als die gegnerische Theorie, indem sie die Gerichte zu Richtern über Regirungshandlungen mache, durch Verkündigung dieser ärgsten Anticonstitutionalität gerade Bruch des Richter- und Constitutions-Eides predige. Diese von Weber behauptete Anticonstitutionalität soll überhaupt erst bewiesen werden. Freilich scheint er sich zunächst auf den von ihm und uns bereits geführten Beweis zu stützen, daß die Verfassungswidrigkeit in der Beeinträchtigung einer andern politischen Gewalt bestehe. Allein auf diese Weise fallen beide Argumente zusammen, während der fragliche Beweis, als solcher und selbstständig für sich betrachtet, dem erwähnten Vorwurfe nichts zu entgehen vermag. Wenn der negative Ausdruck des Arguments in die positive Form umgekleidet wird, so haben wir den Satz: „der Richter leistet nur verfassungsmäßigen Gehorsam." Dieser

Artikel gilt aber in allen deutschen Staaten nicht nur von den Richtern, sondern von allen Bürgern ohne Unterschied. Eben deßhalb ist nicht einzusehen, warum nicht — falls durch jenen Satz das fragliche Prüfungsrecht für die Gerichte vindicirt wird — auch der einzelne Staatsbürger es beanspruchen sollte? Allerdings würde eine verlierende Parthei selten einer zu ihren Ungunsten entscheidenden Rechtsnorm die Verfassungsmäßigkeit zusprechen. Was G. Weber sonst noch über das Argument durch den Richtereid bemerkt, gehört eher zu S. 51 flg. und S. 57 flg. seiner Abhandlung. Ueberhaupt ist dessen diesmalige Beweisführung auf keine so evidente Weise geführt, daß (worauf von Linde sich beschränkt) [1]) eine Verweisung darauf genügen könnte.

Der Beweis liegt vor, daß der Verfassungseid des Richters mit der Entscheidung unserer Controverse in keinem Zusammenhange steht. Werfen wir übrigens noch einen Blick auf den Grundirrthum des gegnerischen Arguments, auf die Voraussetzung des durch die Voraussetzung zugleich angeblich Bewiesenen; denn so Viel leuchtet a priori ein, daß die unbedingte subjective Verantwortlichkeit eines jeden Staatsdieners die von uns bestrittene Competenz des Richters zwar voraussetzt und somit unseren objectiven Begriff der Verfassungsmäßigkeit schlechthin umfaßt. Allein die Nichtexistenz des letzteren ist blos der negative Ausdruck für die Existenz jener subjectiven Verantwortlichkeit. Der Inhalt beider Thesen fällt zusammen und es kann sonach unmöglich die eine derselben durch die andere bewiesen werden. — Angenommen aber einen Augenblick die Verfassungsmäßigkeit der unbedingten Verantwortlichkeit jedes Staatsdieners für die in gültiger Form erlassenen Verordnungen, so springt in die Augen, daß die Monstrosität des Gedankens sich unmittelbar in seinen Consequenzen blosstellt. Durch eine derartige Bestimmung wäre der natürliche Zusammenhang und damit sogar die Existenz nicht nur des

---

1) A. a. O., S. 347.

monarchischen, sondern auch des republikanischen Staatsorganismus auf das Augenscheinlichste in Frage gestellt. Auch die Kurhessische Verordnung vom 28. Sept. 1850 erklärt [1]: „Mit keiner Staatsordnung kann sich eine Einrichtung vertragen, welche den Diener unter Berufung auf eigene Auffassung der Verf.-Urkunde zum Ungehorsam berechtigt." Denn wie der Souverän im Institute der provisorischen Gesetzgebung das verfassungsmäßige Recht besitzt, Verordnungen praeter und contra legem zu erlassen: so hätte im angenommenen Falle der Richter in jener verfassungsmäßig sein sollenden Verantwortlichkeit einen sogenannten Ausnahmeparagraphen, vermittelst dessen er jede Handlung und Verordnung der Staatsgewalt außer Kraft setzen könnte. Darum bestimmte schon die Lex de imp. Vesp. „Siquis hujusce legis ergo adversus leges rogationes plebisve scita senatusve consulta fecerit, sive quod eum ex lege facere opportebit non fecerit hujusve legis ergo, id ei ne fraudi esto neve quid ob eam rem populo dare debeto neve cui de ea re actio neve judicatio esto neve quis de ea re apud ... agi sinito."

Was sollte aus der Disciplin des Heeres werden, wenn dieser Grundsatz der Verantwortlichkeit aller Staatsdiener auch für die materielle Verfassungsmäßigkeit jedes Gesetzes und jeder Verordnung — durch eine Verfassung festgestellt wäre? — „besonders dann, wenn — wie in Kurhessen — der Offizier als Staatsdiener auf die Verfassung vereidet ist?" [2])

Auch die Bundesversammlung äußerte sich in derselben Richtung. Die Kurhessische Verordnung vom 1. Juli 1851 erklärt nämlich „auf Veranlassung der beiden Commissäre von Oestreich und Preußen, als den durch Bundesbeschluß vom 11. v. M. dazu bevollmächtigten Regierungen": „Da der Seitens der Staatsdiener und Staatsbehörden eingetretene Widerstand gegen die Anordnungen der Regirung sich auf irrige Auslegung des §. 61

1) S. Allg. Zeitung v. 1850. Nr. 278. S. 4435.

2) Kurfürstl. Hessische Denkschrift a. a. O., S. 136.

der Verf.-Urkunde stützt, nach welchem die jedem Staatsdiener in §. 61 auferlegte Verantwortlichkeit rücksichtlich seiner Amtsvertretung selbst dann eintreten soll, wenn er zu denselben durch seine vorgesetzte Behörde angewiesen worden, während diese Verantwortlichkeit nur da Statt finden kann, wo der Staatsdiener selbstständig zu handeln verpflichtet ist, solches aus der Natur des Staatsdienerverhältnisses folgt, auch ausdrücklich im §. 42 des Staatsdienstgesetzes anerkannt ist: so werden unter Vorbehalt der weitern bei der definitiven Regulirung der Kurhessischen Verfassungs-Verhältnisse zu erlassenden Anordnungen, §. 61 der Verf.-Urkunde erläutert, wie folgt: §. 31. Die in dem §. 61 der Verf.-U. angedeutete Verantwortlichkeit aller Staatsdiener hinsichtlich ihrer Amtshandlungen tritt nicht ein, wenn dieselben zu deren Vornahme durch ihre vorgesetzten Behörden angewiesen sind" [1]).

In der That fand auch zur Reichszeit hin und wieder, z. B. in Bayern [2]), Württemberg [3]), Cleve und Mark [4]) eine eidliche Verpflichtung der Staatsdiener auf Beobachtung der Verfassung Statt, während Niemand daran dachte, aus jenem Eide die fragliche Competenz des Richters deduciren zu wollen.

Die Theorie, welche den Eid des Staatsdieners mit Aufrechthaltung der Verfassung in erwähntem Sinne verbindet, hat ihren Ursprung im Principe der Staatssouveränetät der Monarchomachisten [5]) und widerspricht dem monarchischen Principe, welches sich begründetermaßen mit dem Parlamentarismus durch keinen andern Begriff von Verfassungsmäßigkeit vereinen läßt. Wird aber letzterer durch die jenseitige Interpretation des Ver-

---

1) Vergl. dagegen die Erklärung des landst. Ausschusses v. 30. Sept. 1850. (A. A. Z. 1850. S. 4435).

2) Vergl. Lünig von der landsäss. Ritterschaft. I. 691.

3) S. Würt. Landesvergleich von 1770. Cl. 1. Grav. 1. §. 4. Vergl. Moser, von der t. Unterthanen Rechten und Pflichten. S. 49.

4) S. Moser, von der Reichsstände Landen. S. 977.

5) Vergl. Maurenbrecher, die deutschen Fürsten, S. 209, 210 u. 266.

fassungseides mit der eidlichen Pflicht des Richters in nothwendigen Conflict versetzt, so kann daraus nur die Unrichtigkeit jener Interpretation, nicht aber des ihr widersprechenden Begriffes gefolgert werden. Denn Grundlage aller Interpretation, weil Centrum des staatlichen Lebens selbst, ist das monarchische Princip.

Maurenbrecher beachtet diesen Zusammenhang nicht und glaubt, daß die Interpretation, welche auf Grund des richterlichen Eides den Richter zum Wächter der Verfassung macht, das Princip der Fürstensouveränetät nicht aufhebe [1]. Indem er aber zugleich den objectiven Begriff der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen festhält, verwickelt er sich in einen eigenthümlichen Widerspruch mit seinen eigenen Principien.

III.

Widerlegung der gegnerischen Ansichten von:
a) Pfeiffer, Welker und Feuerbach.

Die gegnerische Ansicht gibt nun zu, daß mit dem entwickelten objectiven Begriffe von Verfassungsmäßigkeit die subjective Verantwortlichkeit des Richters auf Grund des Verfassungseides sich nicht vereinen lasse. Sie behauptet aber, daß unsere Interpretation des richterlichen Verfassungseides die Schranke zerstöre, welche den Constitutionalismus vom absoluten Regimente trenne. Indem nämlich die fragliche Auslegung zu der Consequenz führt, „daß kein Staatsbürger, kein Staatsdiener, keine öffentliche Behörde sich, mit Berufung auf die von ihnen eidlich übernommene Verpflichtung zur Aufrechthaltung der Verfassung, zum Widerstande gegen verfassungswidrige Anordnungen der Staatsregierung berechtigt halten könne, die Abhilfe dagegen vielmehr nur den Landständen zukomme, und nur von der Ständeversammlung mittelst einer von ihr vor dem Staatsgerichtshofe zu erhebenden Minister-Anklage

[1] Ib. S. 267.

bewirkt werden könne"; so blieb — und darin besteht die gegnerische Einwendung — hierbei unberücksichtigt, daß ja auch das verfassungsmäßige Gebot der zeitigen Einberufung der Ständeversammlung durch eine Ausnahmsverordnung beseitigt, daß auch die wieder zusammengetretene Ständeversammlung durch von Halbjahr zu Halbjahr wiederholte Auflösungen fortwährend außer Thätigkeit gesetzt, daß überdies der mit der partiellen Fortsetzung dieser Thätigkeit durch die Verfassung betraute permanente Ausschuß von seiner amtlichen Wirksamkeit gänzlich suspendirt werden kann [1])."

Schon früher erklärte C. Welker: „Es ist ja dieses die wesentlichste Grundbedingung eines jeden wahren, geschützten oder verfassungsmäßigen Rechts-Zustandes, die Grundbedingung der Ausschließung verfassungswidriger Regirungswillkühr. Welcher Schutz bliebe wohl gegen sie ..... in unsern heutigen Zuständen den armen deutschen Bürgern und Ständen, wenn jede einseitige, verfassungswidrige, auch trotz der ständischen Einsprache nicht zurückgenommene Regirungsverfügung die Gerichte und selbst die über Ministerverantwortlichkeit richtenden Gerichte bände?" [2])

Selbst von Wächter erachtet als möglich, daß durch unsere Interpretation „das Recht des Bürgers, blos verfassungsmäßigen Gehorsam der vollziehenden Gewalt schuldig zu sein, vernichtet würde und am Ende auch das ständische Zustimmungsrecht zu den Gesetzen vereitelt werden könnte" [3]).

Schlayer betrachtet freilich diesen Einwand von Wächters nicht „als bloßen Zweckmäßigkeitsgrund, sondern als Argument dafür, daß die constituirenden Factoren in die Verfassung einen andern Sinn haben legen wollen" [4]). Wenn aber Schlayer im Einverständnisse mit uns diesen Sinn „nirgends auch nur entfernt angedeutet" findet, vielmehr glaubt, daß, „da das ständische

---

[1]) Pfeiffer, a. a. O., S. III. flg.
[2]) A. a. O., S. 430.
[3]) Württ. P.-R. II. S. 29.
[4]) A. a. O., S. 263.

Zustimmungsrecht bei unserer Ansicht durchaus nicht beeinträchtigt wird, die constituirenden Factoren allen Grund gehabt hätten, eine solche Ausdehnung der richterlichen Gewalt klar und ausdrücklich festzusetzen [1])": so macht der „juris consultus minorum gentium" [2]) Herrn von Wächter in jener Exegese eine sehr zweideutige Devotion.

Das Heidelberger Gutachten endlich erklärt, daß hierdurch jede Verfassung und jedes Recht der Willkühr des Landesherrn Preis gegeben sein würde, wenn er nur einen Minister zu finden weiß, der sich zur Contrasignatur des Umsturzes oder der Verletzung der Verfassung und verfassungsmäßiger Rechte bereit finden läßt [3]). Hält man diese Einrede mit unserm Begriffe von Verfassungsmäßigkeit zusammen, so ergibt sich, daß als letzte und höchste Garantie der Verfassung an die Stelle der ministeriellen Verantwortlichkeit die aus dem Verfassungs-Eide deducirte des einzelnen untergeordneten Beamten treten soll.

Hiergegen ist dreierlei zu sagen. Erstens: In den Verfassungsgarantieen, welche die einzelnen deutschen Constitutionen aufzählen, wird nirgends des richterlichen Eides Erwähnung gethan. Vom gegnerischen Standpunkte aus muß diese Unterlassung als unerklärliche Leichtfertigkeit gerügt werden, indem dadurch jedenfalls eine, wenn auch nur auf ein rein äußerliches Moment gestützte Vermuthung gegen die Richtigkeit der jenseitigen Auslegung erzeugt wird [4]).

Feuerbach sagt freilich: „So beschränkt oder ausgedehnt man auch den Begriff von Staatsverfassung nehmen mag, indem nur zu oft gar manches Wesentliche davon ausgeschlossen, mancherlei Unwesentliches darunter begriffen wird; so ist wenigstens so viel gewiß, daß die Justiz neben demjenigen, was man in den soge-

---

1) A. a. O. 263.

2) A. a. O.

3) A. a. O. 109.

4) Vergl. Maurenbrecher, die deutschen regirenden Fürsten. 263.

nannten constitutionellen Staaten vorzugsweise die Verfassung nennt, auf ganz gleicher Linie, in derselben bedeutenden Beziehung zu einem und demselben Zwecke steht, und beide sich gegenseitig schützend begleiten müssen, damit nicht die eine ohne die andere unvermerklich untergehe. Die Justiz wird ein dienendes Werkzeug gewalthabender Willkühr ohne den Schutz einer wohl eingerichteten in das Leben übergegangenen politischen Verfassung; die politische Verfassung aber, will sie nicht bloß auf die unselige ultima ratio populi ihre Sicherheit bauen, hat wieder für den größten Theil der Rechte, welche sie verleiht, und in welchen sie selbst besteht, von der Justiz ihre Hilfe gegen Angriff und Verletzung zu erwarten. So lehnen beide sich stützend an einander an; jede ist gegenseitig Beschützerin und Beschützte; die eine mag nicht in Knechtschaft fallen, ohne die andere in gleiches Schicksal mit sich hinab zu ziehen"[1]. Feuerbach hat aber — indem er die Gerichte gleichsam als geborne und gerade deßhalb in der Verfassung nicht ausdrücklich als solche erwähnte Verfassungswächter zu erweisen sucht — gänzlich vergessen, daß der Staatsgerichtshof auch eine Justizstelle ist, deren Einzige Bestimmung dahin geht, über Verfassungsbruch zu richten. Damit fällt der ganze Einwand des Gelehrten zusammen. Zwar hat jener die gewöhnlichen Civil- und Straf-Gerichte des Landes im Auge; aber der Begriff der Justizstelle ist unabhängig von der Zusammensetzung des Forums und dem Temporären seiner Thätigkeit. Höchstens könnte man entgegnen, daß auf Grund einer Verordnung, welche später durch die Stände als verfassungswidrig bezeichnet wird, ein Prozeß seine Entscheidung findet, ohne daß durch eine rückwirkende Kraft der ständischen Beschwerde das Erkenntniß abgeändert wird. Allein jene Behauptung von Pfeiffer, Welker und von Wächter geht — wie oben begründet wurde — nur auf die Zukunft. In unserm Falle handelt es sich bloß um die Existenz und Verletzung der

---

[1]) A. a. O., S. 12.

Verfassung als solcher, nicht um den Schutz eines durch ihre Verletzung verletzten Rechtes. An Letzteres erinnert Feuerbach zwar auch nicht; vielmehr sucht er nur zu beweisen, daß die Gerichte die natürlichen und durch ihren eigenen Begriff ernannten Garantieen der Verfassung bilden. Daß aber diese Function den ordentlichen Gerichten nicht zukomme, gestehen sogar sämmtliche Vertreter der jenseitigen Ansicht. Durch die Existenz und Bestimmung des Staatsgerichtshofes ist Feuerbach's Einrede rechtlich und factisch entkräftigt. Letztere basirt auf einem verbreiteten Irrthume, indem sie voraussetzt, daß allein das ordentliche Richteramt die ausschließliche Pflicht habe, das Unrecht im Staate zu hindern. Diese Aufgabe ist aber sämmtlichen Organen des Gemeinlebens zugewiesen, deren Competenz dadurch eine verschiedene wird. Auch der Richter hat sein eigenthümliches Gebiet. „Ueberschreitet er dieses Gebiet, so hört die Fiction, daß sein Ausspruch und Thun Recht sei, auf, weil er nur Kraft angemaßter Souveränität handelt" [1]).

Uebrigens fußt der gegnerische Einwand nicht auf den bestehenden Verfassungsbestimmungen; er beruht — und darin liegt sein zweiter Mangel — auf der bloßen Möglichkeit, daß das moralische Bewußtsein des Souveräns einen Mißbrauch jener Gewalt nicht hindere, welche durch Recht und Gesetz in seine Hände gelegt ist. „Er könnte Verordnungen geben, daß, wer tadelnde Artikel gegen die Regirung schreibt, des Hochverraths schuldig, daß der katholische Priester, der Messe liest, oder der Protestant, der nicht die Hostie anbetet, Freiheitsstrafe leide, daß Ein Zeuge in Civil- oder Criminal-Sachen vollen Beweis mache." — „Aber — fährt Stahl fort — er kann eben so gut seinen fiscalischen Beamten wirksam befehlen, trotz richterlicher Verurtheilung keine Zahlung zu leisten, oder seinem Militär eine

---

[1]) Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß. XI. 3. Heft. S. 318.

ruhige Stadt belagert zu halten und von ihrem Verkehr abzuschneiden u. dergl. Ja er kann sogar alle jene Verordnungen in der Form „mit Zustimmung der Stände" erlassen, wenn diese auch nicht befragt wurden, oder durch Verdrehung des ständischen Votums, und dann muß, was auch die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht zugeben, der Richter sie unbedingt anwenden" [1]). Auch darf man nicht vergessen, daß der Mißbrauch der Executivgewalt, welche doch dem Regenten ausschließlich zukommt, auf der einen Seite viel leichter zu bewerkstelligen, andererseits in den Folgen unheilvoller ist, als jeder Mißbrauch der Gesetzgebung oder des Staats-Nothrechts. Wir erinnern uns, daß die Einrede, welche vom Standpunkte der richterlichen Unabhängigkeit zu Gunsten des richterlichen Prüfungsrechts durch Feuerbach und Pfeiffer erhoben wurde, den nämlichen Mangel einer juristischen Grundlage zur Schau trug. Das dort Erwähnte mag auch hier als Widerlegung gelten. — Dazu kommt drittens, daß keine äußere Schranke des richterlichen Urtheils gegen Verfassungsverletzung hinreichend schützt. Angenommen, daß der gesetzgebende Körper und die Regirung in schändlicher Verkommenheit auf Vernichtung der Constitution, der Volksfreiheiten und rechtlich geregelter Zustände hinarbeite; während durch die allgemeine Corruption blos der Richterstand unangetastet bliebe: wäre dieser wohl mächtig genug, das Banner des Rechts siegreich in seinen Händen zu erhalten? Geschichte und Natur der Sache begründen das Gegentheil: Entweder die Gerichte fügen sich oder sie treten ihre Functionen an Ausnahmsgerichte ab. Sie würden handlungsunfähig im nämlichen Augenblicke, in welchem sie zu Gunsten der Verfassung ihre Thätigkeit eröffnen sollen. Die richterliche Reaction gegen verfassungswidrige Normen bleibt im Stadium des bloßen Versuches und erreicht ihr Resultat niemals. Erinnern wir uns nur einmal an das englische Ge-

---

1) A. a. O., S. 675.

richtswesen unter der Willkührherrschaft Straffords und Lauds [1]); an die Bills, welche 1794 die englischen Freiheiten beeinträchtigten [2]); an die französ. Revolutionstribunale besonders; endlich an die Kriegsgerichte in den Kurhessischen Wirren. Freilich zeigt sich in derartigen Fällen nicht nur die Ohnmacht der richterlichen Usurpation, sondern auch deren verderblicher Einfluß auf die Ruhe und Sicherheit des Staates. Besteht einmal ein außerordentliches Gericht, so wird dasselbe nicht nur die geschmeidige Dienerin, sondern auch die herausfordernde Buhlerin der souveränen Willkühr, welcher sie die Worte Dantons zuflüstert: Il les (les lois exstraordinaires) faut arbitraires, parce'qu'il est impossible de les rendre précises; parce-que, si terribles qu'elles soient, elles seront préférables encore aux éxécutions populaircs, qu'aujourd'hui, comme en septembre, seraient la suite des lenteurs de la justice. En temps calme la société aime mieux laisser échapper le coupableque frapper l'innocent parce-que le coupable est peu dangereux; mais à mesure qu'ille devient davantage, elle tende davantage aussi à le faisir; et lorsqu'il devient si dangereux qu'il pourrait la faire périr ou du moins qu'elle le croit ainsi, elle frappe tout ce qui excit ses soupçons, et préfère alors atteindre un innocent que laisser échapper un coupable. Telle est la dictature, c'est à dire l'action violente dans les sociétés menaçées" [3]).

Selbst **nicht dolosen** Verfassungsverletzungen in allen Fällen vorzubeugen, ist den Gerichten trotz der fraglichen Competenzzutheilung niemals möglich. Diese Unzulänglichkeit anerkennen sogar die Amerikaner, welche doch die „censure judiciaire"

---

1) Vergl. Hist. de la cont.-révol. en Angleterre, par Arm. Carrel.

2) Vergl. Discours de Fox, bei Lalonel, Orateurs de la Grand-Bretagne. Ed. Wouters. I. 197.

3) Thiers, hist. de la révol. franç. II. 320. 348. Vergl. Faider, Nouvelles Étude. 19 ff.

möglichst weit ausgedehnt haben. Ein Zeugniß gibt z. B. Tocqueville: „Il est vrai, de cette manière, la censure judiciaire, exercée par les tribunaux sur la législation, ne peut s'etendre, sans distinction à toutes les lois, car il en est qui ne pouvent jamais donner bien à cette sorte de contestation nettement formulée, qu'on nomme un procés. Et, lors qu'une pareille contestation est impossible, on peut encore concevoir qu'il se rencontre personne qui veuille en saisir les tribunaux. Les Américains ont souvent senti cet inconvénient, mais ils ont laissé le remède incomplet, de peur de lui donner, dans tous les cas, une efficacité dangereuse" [1]). Auch liegt der Bestimmung des Amerikanischen Grundsatzes nicht so wohl die Absicht einer Verfassungs- oder Freiheits-Garantie zu Grunde, als vielmehr die Wahrung der bürgerlichen Ordnung. Umgekehrt besorgen die Lehrer des Amerikanischen Staatsrechts, daß jene Competenz der Richter der Freiheit schädlich sei. „Je ne sais — sagt Tocqueville — si cette maniére d'agir des tribunaux américains, en même temps qu'elle est la plus favorable à l'ordre public, n'est pas aussi la plus favorable à la liberté" [2]).

b) Schlayer.

Schlayer glaubt, erwähnten Einwand, welchen er zunächst in §. 21 der württemberg'schen Verf.-Urkunde findet, durch folgende Interpretation entkräftigen zu können.

Er gibt zu, daß die württemberg'sche Verf.-Urkunde mit dem Schlußsatze des §. 21 — „auch haben sie (die Württemberger) gleichen verfassungsmäßigen Gehorsam zu leisten" dem Staatsbürger ein passives oder im Nothfalle selbst ein actives Widerstandsrecht habe geben wollen; bezieht aber ein solches „zunächst" nur auf

---

1) A. a. O., S. 190.
2) A. a. O., S. 189.

einzelne Verfügungen eines Organs der vollziehenden Staatsgewalt, nicht aber auf eine in aller Form erlassene Verordnung der Regirungsgewalt.

Der einzelne Staatsbürger komme nämlich nie unmittelbar mit der Regirungsgewalt in Berührung. Es kann sich bei ihm stets nur um Ungehorsam gegen eine einzelne Verfügung der vollziehenden Gewalt handeln. Die Regirungsgewalt ertheilt Verordnungen, die vollziehende Gewalt setzt dieselben erst dem einzelnen Staatsbürger gegenüber in's Leben. Wenn dann der Staatsbürger glaubt, durch die Art der Vollziehung gesetz- oder verordnungswidrig behandelt zu werden, dann mag er immerhin sich auf sein Recht eines bloß verfassungsmäßigen Gehorsams berufen, nicht aber wenn das Organ der vollziehenden Gewalt wirklich eben nur eine Verordnung der Regirungsgewalt zur Ausführung bringt [1]). „Nur in Einem Falle muß ihm dies zugestanden werden, nämlich da, wo ihm nichts, namentlich auch die ständische Controle nicht, seine verlorenen Rechte zu ersetzen im Stande wäre. Wenn das Recht des bloß verfassungsmäßigen Gehorsams etwas bedeuten soll, so muß er seine unersetzlichen Rechte gegen unberechtigte Angriffe auch der höchsten Staatsgewalt selbst mit den äußersten Mitteln schützen dürfen" [2]).

Anders als Schlayer dachte der Pariser Cassationshof, welcher in dem oben [3]) mitgetheilten Erkenntnisse vom 3. Oct. 1822 den bloß auf die Unbefugtheit des kaiserlichen Dekrets gebauten Cassationsrecurs des zum Tode verurtheilten Berton verwarf.

In der That muß Schlayer's Ansicht eine Joconsequenz genannt werden. Sie beruht auf dem Irrthum, als hätte die ständische Beschwerde wegen Verletzung

---

[1]) A. a. O., S. 253. Vergl. Rechtsgutachten der Juristenfakultät in Heidelberg über den Hannover'schen Verfassungsstreit 1. K. §. 17.

[2]) A. a. O., S. 255.

[3]) S. o. 1. Kap. Vergl. Sirey, 22. 1. 404.

ihres Zustimmungsrechts eine rückwirkende Kraft. Dies könnte, wie schon einmal erwähnt wurde, nur dann geschehen, wenn die landesherrliche Verordnung, gegen welche die ständische Einsprache sich richtet, bis zum Datum der Einsprache keine verfassungsmäßige Norm gewesen wäre. Da aber Schlayer gerade selbst gegen die zuletzt erwähnte Annahme auftritt: so ist unbegreiflich, warum der verfassungsmäßigen Norm Jemand den Gehorsam verweigern kann aus dem Grunde, weil er nur zu verfassungsmäßigem Gehorsam verpflichtet sei. Letzterer besteht ja nur in dem Rechte, bloß verfassungsmäßigen Normen sich unterwerfen zu müssen. „Unberechtigte Angriffe" sind aber von Seiten der gesetzgebenden Gewalt gar nicht denkbar, da diese nach allgemeinem Rechte und in Deutschland an keine außerhalb ihres eigenen Begriffs gelegene materielle Schranke gebunden und insoweit allmächtig ist. „Das schlechte und ungerechte Gesetz hat dieselbe und muß nothwendig dieselbe äußere Gültigkeit, Macht und Unverletzlichkeit haben, wie das weise und gerechte Gesetz, wenn es nur auf formell giltige Weise zu Stande kam" [1]).

c) Stahl.

Stahl [2]) unterscheidet die amtliche und private Stellung des Richters. Wenn der Richter auch nicht von Amts wegen über eine fürstliche Verdordnung urtheilen dürfe, um ihr die Anwendung zu versagen, so sei er doch keineswegs persönlich zum unbedingten Gehorsam verpflichtet. Wie aller Gehorsam gegen den Souverain eine Grenze habe, wo die Verweigerung desselben (passiver Widerstand) eintritt, (§. 75 und 151. II. §. 31) so auch der des Richters. „Bei exorbitanten Fällen, bei Verordnungen, die auch gar keinen verfassungsmäßigen Anhaltspunkt mehr haben und die Verfassung oder die Rechte der Unterthanen bedrohen, ist der

---

[1]) von Wächter, Württ. Priv.-Recht S. 22.
[2]) Stahl, a. a. O., S. 676.

Richter durch seinen Eid auf die Verfassung verbunden, sich nicht als Vollstrecker gebrauchen zu lassen" [1]).

Betrachten wir zuerst die von Stahl in's Auge gefaßten Fälle! Die Schlußfolgerung des Gelehrten setzt landesherrliche Verordnungen voraus, welche ihre Verfassungswidrigkeit mit absoluter Evidenz und gleichsam Schwarz auf Weiß zur Schau tragen. Der Inhalt derartiger Verordnungen müßte jedenfalls so abnorm sein, daß er auch durch die Publikation in Gesetzesform der practischen Anwendung durch den Richter nicht theilhaftig würde, indem er ein Gebot entweder Gottes oder der Vernunft oder ewiger Gerechtigkeit tyrannisch mit Füßen tritt. Beschränkte Stahl die Unmöglichkeit der Vollziehung auf den in der Form der Verordnung als Rechtsnorm publicirten Inhalt, so geriethe er in einen unlösbaren Conflict mit dem eigenen Grundprincip, wonach die contrasignirte Verordnung, welches auch deren Inhalt ebenso verfassungsmäßig und vollziehbar sein soll, wie die in der Form des Gesetzes erzeugte Norm. Uebrigens ist aus Allem ersichtlich, daß die Stahl'sche Ausführung blos deßhalb die Verordnung einseitig betont, weil sie die Exorbitanz des vorausgesetzten Inhalts wenn auch mit der Verirrung eines einzelnen Willens, so doch niemals mit der gemeinsamen Bethätigung des

---

[1]) „Durch das ganze Recht geht der Unterschied dessen, was bloß falsche Anwendung wirklicher Rechtsgrundsätze ist, und dessen, was die Rechtsgrundsätze selbst verleugnet (contra jus in thesi clarum). So hat nach manchen Gerichtsverfassungen das Obergericht unter Voraussetzungen die sententia iniqua nicht zu reformiren wohl aber die sententia nulla. Ebenso ist zu unterscheiden, ob der Fürst das verfassungsmäßige Princip der Verordnungen falsch anwendet, die Grenze zu weit zieht, oder Verordnungen völlig außerhalb dieses Princips gibt. Indessen darf hier der Richter auch im letztern Falle nicht von amtswegen urtheilen, ob das eine oder andere der Fall (gleichwie das Obergericht über die Sprüche des Untergerichts), weil er überhaupt nicht über dem Souverän ist, aber bei einem evidenten Falle der letztern Art hat er doch eine Gewissens- oder Eides-Pflicht, sich nicht als Werkzeug gebrauchen zu lassen, während im erstern sein Gewissen durch die Verantwortlichkeit des Höhern völlig gedeckt ist."

Fürsten und der Stände vereinigen zu können glaubt. In Belgien stellten sich einzelne Juristen auch die letztere Möglichkeit vor Augen. „Les chambres peuvent centupler les contributions, rejeter tous les budgets qu'on leur préferte. réduire en temps de guerre l'armée à quelques bataillons, perdre en un mot de mille manières l'état en faisant un usage absurde, inimaginable de ses droits constitutionelles“ [1]). „Veut on supposer les plus grandes aberrations, les violations les plus flagrantes de la loi divine ou naturelle, de la raison ou de la loi fondamentale? . . . Une loi ordonne aux meres la destruction de leur septième enfant . . . Une loi ordonne aux riverains de combler un fleuve dont les eaux grossies ont causé d'immenses ravages . . . Une loi ordonne la suppression de la monnaie dans le pays“ [2]). Man könnte dergleichen übertriebene Hypothesen nach Belieben vervielfältigen, und dürfte dennoch am Schlusse der Aufzählung nicht unterschreiben: Credo quia absurdum! oder mit Faider zugestehen: Notre contradicteur obtiendra dans ces hypothèses un facile triomphe! Der Richter bildet, wie der Regirungsbeamte, das bloße Organ der höchsten Staatsgewalt; er genießt nur insoweit eine eigenthümliche Selbstständigkeit des Willens, als jene durch den Begriff seines Amtes und somit durch den Willen der höchsten Staatsgewalt selbst hinwiederum gefordert wird, d. h. innerhalb der Subsumption des Factums unter die Rechtsnorm. Entzieht sich der Justizbeamte aus irgend einem Grunde der Handhabung seines Amtes, so hört er schlechthin auf, Organ der Staatsgewalt d. h. eine öffentliche Behörde zu sein. Die Frage nach der Rechtspflicht des Richters steht mit einem derartigen privaten Entschlusse in keinem Zusammenhang.

Faider weiß dieß wohl und verwechselt blos im Ausdrucke die Pflicht des Richters mit dem Erfolge seiner Thätigkeit. Jene

---

1) M. Liedts, Difoussion du traité de 1839.

2) Nouvelle Étude, S. 12.

absurden Normen werden freilich unvollzogen bleiben: Der Grund ihrer Erfolglosigkeit liegt aber nicht in der Befugniß des Richters, sie nicht anzuwenden, sondern in der Unmöglichkeit, die absolute Unvernunft, Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit in einem nicht zur Bestie verwilderten Volke zur Anwendung zu bringen. Wer von derartigen Hypothesen ausgeht, stellt sich damit zugleich außerhalb der Grenzen des geordneten Staates. Trefflich bemerkt Lied's (a. a. O.): „Quand an suppose l'absurde, il n'y a plus de nation, il n'y a plus de gouvernement possible, chaque pouvoir peut bouleverser l'etat.“

Welchen Ausweg sucht nun die Stahl'sche Erörterung geltend zu machen?

Offenbar ist auch Stahl hier etwas inconsequent. Er vergißt, daß nach dem obersten Grundsatze jeder Verfassung ihr selbst und ausschließlich zukommt den Begriff des Verfassungsmäßigen zu bestimmen, und daß dadurch aller subjectiven Interpretation der Zugang abgeschnitten ist.

Diese Inconsequenz wäre für die Beantwortung unserer Controverse übrigens ganz irrelevant, wenn die von Stahl gemachte Unterscheidung zwischen persönlichem Verfahren und amtlichem Urtheile über die Statthaftigkeit der Verordnung sich aufrecht halten ließe. „Nicht das Gericht kann solche Verweigerung üben, sondern nur die Richter persönlich; sie können sie nicht stillschweigend üben durch Nichtbeachtung der Verordnung, sondern müssen dem Souverän im vorkommenden Falle die moralische Unmöglichkeit der Befolgung erklären; und sie können nicht einen der Verordnung widersprechenden Spruch fällen, sondern können nur ihren Spruch verweigern.“ — Allein jeder Staatsbeamte kennt in seinem amtlichen Wirkungskreise nur Rechte, die zugleich Pflichten sind. Der Richter muß eine Entscheidung treffen, oder er hört auf, Richter zu sein. Die Staatsgewalt wird den Renitenten aus ihren Diensten entlassen. Zwar soll ein Richter nicht ohne richterliches Urtheil seiner Stelle enthoben werden. Dieß benützt Stahl und argumentirt: Wenn ein Richter wegen solcher Verweigerung

von der Regirung vor ein Gericht gestellt wird, so wird dieses Gericht ihn zwar auch wieder nicht freisprechen können, wohl aber gewissenhaft in gleicher Weise seinen Richterspruch verweigern müssen. „An Verlegenheiten würde es also der Regirung in solchen Fällen nicht fehlen, wenn anders im Richterstande die rechte Gesinnung herrscht.“ Allein diese „Schranke gegen fürstliche Gewalt“ und „dieser Schutz der Verfassung und des Unterthanenrechts“ ist ebenso unmoralisch und illegal, als jene „mechanische Sicherung, daß die Richter über die Giltigkeit der Verordnung erkennen, ohne Gefahr in Bequemlichkeit, wie etwa über die Giltigkeit einer Frauenbürgschaft.“

Die erstere ist unstatthaft, weil sie der Willkühr des Richters die Möglichkeit einer subjectiven Interpretation gestattet, weil sie in der Nichtvollziehung eines Rechts die entsprechende Pflicht verletzt und das Widerrechtliche der Handlung mit dem Mantel der Moralität sophistisch umkleidet.

Praktisch genommen wird durch den Stahl'schen Ausweg absolut kein Resultat erzielt. Hätten die Kurhessischen Richter im Jahr 1850 denselben betreten, so wäre nichts desto weniger das Einschreiten der Bundesversammlung erfolgt, um die landesherrliche Auctorität dem richterlichen Quietismus gegenüber herzustellen.

Die Eine und letzte Consequenz der Stahl'schen Argumentation ist übrigens die: Ein Richter, welcher seine Scrupulosität so krankhaft gesteigert hat, daß er im Gegensatze zur höchsten Staatsgewalt nur sich für unfehlbar und eidestreu erklärt, trete aus dem Dienste der ersteren.

Pfeiffer bringt diesen Gedanken in Beziehung zu einem Vorgange aus dem 30jährigen Kriege [1]), wo die Marburger Theologen, welche an ihrer Eidespflicht festhalten wollten, durch eine kaiserliche Executions-Commission, unter dem Beistande der

---

1) Die Selbstständigkeit des Richteramtes. S. 347. Note 57.

Tillyschen Truppen zu der Erklärung gedrängt wurden: „Gott, der ihnen das Kirchenamt anvertraut, dasselbe mit Freude zurückgeben zu wollen.“ Mit der fraglichen juristischen Controverse steht diese moralische Entscheidung in keinem Zusammenhang. Uebrigens führt letztere zu einer unseres Wissens von Dr. Weber bereits einmal aufgeworfenen, aber unbeachtet gebliebenen Frage, ob die Entscheidung über Vollziehbarkeit einer Verordnung mit geringerer Gefahr des Mißbrauches dem Richter oder dem Minister überlassen werden könne? Von diesem Standpunkte bloßer Zweckmäßigkeit aus ist die Unabhängigkeit der Justizstelle der Verantwortlichkeit des Ministeriums entgegen zu halten. Der Richter beruft sich auf sein bestes Wissen und Gewissen; er ist Niemanden über das So und nicht anderes Rechenschaft schuldig. Dem Minister droht die Anklage vor dem Staatsgerichtshof. Die Entscheidungen des Richters gelangen selten zu ausgedehnter Oeffentlichkeit; über den Minister wachen Presse, öffentliche Meinung, Ständeausschuß und Stände. Die Begehung und Verheimlichung eines verfassungswidrigen Actes ist somit der untergeordneten Stelle unendlich leichter gemacht, als dem Ministerium. In der That bemerkt Struben in seinen Nebenstunden, daß gerade dazumal, als im Embrionenzustande der Entwickelung landesherrlicher Hoheit die richterliche Gewalt am umfassendsten war, „die Richter ihre Aussprüche gemeiniglich nach dem Dünkel thaten“ [1]).

Die Lehrer des amerikanischen Staatsrechts gingen, um die Frage zu beantworten, nicht von dem erwähnten äußern staatsrechtlichen Verhältnisse des Richters und Gesetzgebers aus; sondern betrachteten vielmehr dessen moralische Grundlage. Tocqueville unterscheidet: „Si le juge ne pouvait attaquer les legislateurs que de front, il y a des temps où il craindrait de la faire; il en est d'autres où l'esprit de parti le pousserait chaque jour à l'oser“ [2]). Daraus zieht er den Schluß,

[1]) A. a. O., 1789. 3. Thl. 13. Abh. S. 18.

[2]) A. a. O., S. 189.

daß die Gesetze unter schwachen Gesetzgebern angegriffen würden, während unter einem energischen Legislator widerstandslose Unterwerfung Statt fände. Das Resultat dieser Extreme wäre nur das, „que souvent on attaquerait les lois lorsqu'il serait le plus utile de les respecter, et qu'on les respecterait quand il deviendrait facile d'opprimer en leur nom.“

Nun ist zwar richtig, daß vorstehende Vergleichung diejenige Competenz im Auge hat, auf Grund deren der Richter auch die mit ständischem Consens erlassene Rechtsnormen nicht anwenden darf, sobald dieselben der Constitution widersprechen. In dieser Richtung stimmt man ohne Zweifel mit Tocqueville, welchen eine Vergleichung zwischen der amerikanischen und französischen Institution zu dem Resultate führt: Je sais qu'en refusant aux juges le droit de déclarer les lois inconstitutionelles, nous donnons indirectement au corps législatif le pouvoir de changer la constitution, puisqu'il ne rencontre plus de barrière légale qui l'arrête. Mais mieux veut encore accordre le pouvoir de changer la constitution du peuple à des hommes qui représentent imparfaitement ces volontés du peuple, qu'a d'autres, qui ne représentent qu'eux mêmes“ [1]). — In unserm Falle dagegen steht der von den Schranken ständischer Mitwirkung freie souveräne Einzelwille der Einzelwillkühr des Richters gegenüber. Wir begnügen uns übrigens an dieser Stelle daran zu erinnern, daß der Verfall der deutschen Landstände im 17. und 18. Jahrhundert seine Hauptquelle in deren demoralisirenden Egoismus hatte. Man lese nur die Darstellungen K. F. Moser's [2]), Häberlin's [3]), Pütter's [4]).

Der Eid des Fürsten und seiner Minister bietet

---

1) A. a. O., I. S. 186.

2) Vergl. Schlossers neuere Geschichte u. Staatslexicon. X. 785.

3) Staatsrecht. II. 74.

4) Histor. Entwicklung 2c. II. 203.

doch wohl eine eben so gewichtige interimistische Garantie für den guten Willen, die Verfassung des Staates in Anwendung der provisorischen Gesetzgebung zu wahren, als der Eid des subalternen Staatsdieners oder der Stände; wenn wir auch die von Martin [1]) bei Gelegenheit dieser Paralellisirung angebrachte Bemerkung, daß in Kurhessen zur Zeit der Revolution unter den beeidigten Ständen Leute gesessen seien, „welche den Glauben an den persönlichen Gott längst als ein bloßes Entwicklungsmoment auf der großen Reise zum Weltgeist überschritten", als irrelevant betrachten. „Praesumantur leges sancte et pie conditae" [2]). Diese Vermuthung volksfeindlicher Absichten in allen Handlungen des Souveräns ist eine der schlimmsten Erbschaften des Parlamentarismus [3]). Sie kann zwar den Boden des Rechts nicht untergraben, weil in dem objectiven Begriffe der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Normen den subjectiven Gelüsten und Criterien Grenze gezogen ist, welche auch durch die Berufung auf Eid und Ueberzeugung des Gewissens nicht beseitigt wird. Aber die moralische Wirkung dieses Mißtrauens ist eine zerstörende. Zwar mag die Würdigung der Denkschrift" die Frage aufwerfen: Worin beruht eigentlich das Verhältniß des Menschen zu seinem Mitmenschen, was ist die Grundlage der Familie, des Staats- und Völker-Lebens? Verschwindet das Vertrauen aus einem dieser häuslich engsten oder weltumfassenden Beziehungen, so hält nichts mehr zusammen; Recht und Vertrag, Bildung und Bestand der Menschheit werden unmög-

---

1) A. a. O., S. 36.

2) Menoch, de praes. II. Vergl. Bluntschli, a. a. O., I. S. 493 flg.

3) Vergl. Zimmermann, die Vortrefflichkeit der constitutionellen Monarchie für England und die Unbrauchbarkeit der constitutionellen Monarchie für die Länder des europäischen Continentes. 1852. S. 135 ff.

lich [1]). — Aber warum schwindet der Geist der Treue? Weil man die Pflicht des Gehorsams einseitig betont. Gehorsam und Treue verhalten sich wie Form und Inhalt zu einander. Jener fesselt mit rein äußerlichen Banden; letztere ist innerlicher Natur. Der Gehorsam kann durch fremde Gewalt vernichtet werden, niemals die Treue. Ersterer ist denkbar ohne Letztere, diese nie ohne Erstern. Wir erinnern schließlich an Bluntschli's treffliche Worte [2]): Wenngleich die Treue nicht mehr, wie vorher in der Lehensverfassung als das vorherrschende Lebensprincip der Staatsordnung betrachtet werden kann, vielmehr in dem modernen Staate theils durch die Gesetzgebung die Befugnisse der Aemter schärfer bestimmt sind, theils die politische Thätigkeit des Beamten weniger von der persönlichen Verbindung mit dem Oberhaupte des Staates, als vielmehr von den Bedürfnissen des Staates ihren Anstoß und ihre Richtung empfängt, so ist doch die Treue auch in dem modernen Staatslebens kein veralteter und kein entbehrlicher Begriff. Es beruht noch auf ihr der moralische Zusammenhang und die Harmonie des Beamtenorganismus größtentheils.

---

1) A. a. O., S. 55.
2) Bluntschli, a. a. O., II. S. 134.

XX.

Beitrag zur Lehre von der Benennung des Auctors.

Vom
Herrn Geheimfinanzrath Dr. V. Emminghaus,
vortragendem Rath im Großherzogl. S. Staatsministerium zu Weimar.

---

§. 1.

Von den wenigen theils im Theodosian'schen, theils, wie wohl in noch geringerer Anzahl, im Justinian'schen Codex uns aufbewahrten Bruchstücken einer Verordnung Constantin's d. Gr. aus d. J. 331, die sich anscheinend über eine ganze Reihe von in das Gebiet des Prozesses einschlägigen Gegenständen verbreitet hat, ist eines der zwei [1]) von Justinian aufgenommenen für das heutige Prozeßrecht deshalb von besonderer Wichtigkeit, weil

---

[1]) In der von Planck (Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht S. 557) gegebenen Uebersicht der hier in Rede stehenden Bruchstücke ist aus dem Justinian. Codex nur die c. 2. C. ubi in rem a. aufgeführt. Aber auch die c. un. C. Theodos. de litigios. 4, 5 ist in den Codex Justinian. aufgenommen, und findet sich dort, — freilich stark interpolirt —, in c. 2. C. de litigios. 8, 37 wieder.

dieses Fragment den Hauptsitz, ja die beinahe alleinige gesetzliche Quelle für die jetzt sogenannte laudatio [2]) s. nominatio auctoris, — Angabe oder Benennung des Auctors —, bildet; wir meinen die bekannte c. 2. C. ubi in rem actio, 3, 19. welche daselbst so lautet:

> Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in judicio dominum nominare, ut sive in eadem civitate degat, sive in agro, sive in alia provincia sit, certo dierum spatio a judice definiendo, eoque ad notionem ejus perducendo vel ipse in loca, in quibus praedium situm est, perveniens, vel procuratorem mittens, actoris intentiones excipiat. Si vero post hujus modi indultum tempus minime hoc, quod dispositum est, facere maluerit, tanquam lite, quae ei ingeritur, ex eo die, quo possessor ad judicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata, judex, utpote domino possessionis, nec post hujusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis eum citare curabit: et tunc in eadem voluntate eo permanente, negotium summatim discutiens, in possessionem rerum actorem mitti non differet; omni allegatione absenti de principali quaestione servata.

---

[2]) Das römische Recht gebraucht den Ausdruck: laudatio auctoris nicht blos, — wie von Bayer: (Vorträge über d. ordentl. Prozeß, 8. Ausg. §. 48. S. 150), anzunehmen scheint, — in L. 63. D. de evictionib. 21, 2., sondern auch in verschiedenen anderen Stellen, namentlich in L. 6. §. 5. D. de actionib. emt. et vend. 19, 1. und in c. 7. u. c. 14. C. de evictionib. 8, 45, als gleichbedeutend mit litis denunciatio. — Uebrigens handeln auch zwei kleine Schriftwerke, die man, verführt durch ihre Titel, gewöhnlich bei der Literatur über die nominatio a. mit aufgezählt findet, lediglich von der Streitverkündigung; nämlich Richter, D. de laudatione auctor. Jen. 1065 und Treiber, D. de auctore, Erf. 1720.

und in nur theilweise in etwas veränderter, von Innocenz III. herrührender Fassung auch in das canonische Rechtsbuch [3]) übergegangen ist.

Eines voll zu verbürgenden richtigen Verständnisses des gesammten Details dieses, vereinzelt und abgerissen dastehenden, in der Theodosianischen Sammlung auch nicht mit erscheinenden, Fragmentes wird, bei der nur lückenhaften Kunde, die wir von dem gerade zu Constantin's Zeit üblichen Prozeßverfahren, von den damaligen Formen, der wahren Bedeutung, so wie der Aufeinanderfolge und dem Ineinandergreifen der einzelnen Prozeßhandlungen haben, sich schwerlich irgend Jemand je rühmen dürfen, gar Manches [4]) dahin Gehörige vielmehr für immer in Dunkel gehüllt bleiben. Allein der Sinn der Stelle im Ganzen

---

[3]) S. cap. 5. §. 7. X. ut lite non contestat. 2, 6. „Quodsi super rebus immobilibus quisquam conveniatur, qui eas possidet nomine alieno, debet statim in judicio dominum nominare, certo dierum spatio a judice statuendo, eoque ad ejus notitiam perducendo, ut vel ipse veniens, vel idoneum dirigens responsalem, actoris intentionem excipiat. Si vero post tempus indultum, quod dispositum est, noluerit adimplere, tanquam lite, quae ingeritur, ex eo die, quo possessor ad judicium vocatus est, ad interrumpendam praescriptionem longi temporis contestata, dominum possessionis judex tribus edictis legitimis evocabit: et tunc ipso in eadem voluntate manente, negotium summatim examinans, in possessionem ipsarum rerum actorem mittere non tardabit, omni allegatione absenti super principali quaestione reservata." — Wenn Einige, z. B. Linde: (Abhandlungen aus d. gemein. Civilprozesse Bd. 1. S. 131) und Wetzell: (System des Civilprozesses §. 7. S. 33. not. 28) bemerken, es stimme dieses cap. mit c. 2. cit. wörtlich überein, so ist dieß, wie Jedermann sieht, keineswegs ganz wörtlich zu nehmen.

[4]) Beispielsweise möchte, — um nur Eines zu erwähnen, — ob schon die erste an den dominus zu erlassende Aufforderung, wie man gewöhnlich (vergl. u. A. Lauterbach, D. de nominatione auctor. Tübing. 1653 — auch in Ejusd. Dissertation. academici Vol. IV. no. 106 — §. XXII) annimmt, vom Richter, oder, wie z. B. Schweppe, das röm. Privatrecht, 4. Ausg Bd. II. §. 268. S. 131 glaubte, vom Verklagten zu bewirken gewesen sey, schwer zu bestimmen seyn.

ist klar und, faßt man dabei blos das Wesentlichste in das Auge, auf folgende Sätze, — an denen auch Innocenz überall nichts geändert hat, — zurückzuführen. Wer — sagt Constantin, mit einer dinglichen Klage, insonderheit mit einer Eigenthumsklage, eines Grundstückes halber belangt wird, welches er nicht in eigenem Namen besitzt, sondern für einen Dritten, soll diesen Dritten dem Prozeßgericht alsbald namhaft machen, und es soll dieser wirkliche Besitzer sodann zur Sache beigeladen werden. Meldet sich derselbe hierauf bei'm Gericht; so liegt nunmehr ihm es ob, auf die Klage sich einzulassen; der Streit wird mit ihm, als dem eigentlichen Beklagten, verhandelt und durchgeführt. Leistet dagegen der Nominat der Beiladung nicht Folge, so hat er zu gewärtigen, daß der Kläger, nach erfolgter summarischer Sacherörterung, in den Besitz des von ihm in Ansprache genommenen Immobile eingewiesen werde; vorbehältlich jedoch des Rechtes des Ausgebliebenen, die in Bezug auf das Grundstück ihm zustehenden Ansprüche klagweise geltend zu machen.

Wie an und für sich wohlgeeignet und nothdürftig ausreichend obige Sätze aber auch erscheinen mochten um die Benennung des Auctors in ihrer heutigen Gestalt daraus abzuleiten und als Grundlage dabei zu dienen, so fiel gleichwohl an dem Ausbaue des, nur in allgemeinen Umrissen darin vorgezeichneten, Prozeßinstitutes der Doktrin und der Praxis noch ein erheblicher Antheil zu, indem es lediglich diesen durchweg so gewichtigen und unentbehrlichen Hülfs-Faktoren des heutigen gemeinen Rechtes überlassen blieb, die ursprünglich römischrechtlichen, noch dazu theilweise kaum noch ganz verständlichen, auch jedenfalls auf ein von dem unserigen vielfach abweichendes Prozeßverfahren berechneten, Vorschriften nicht nur so weit nöthig zu ergänzen, sondern auch in einer der heutigen Anwendbarkeit entsprechenden Weise zu construiren und zu modificiren. Kein Wunder also, wenn volle Uebereinstimmung der Ansichten in der Lehre von der heutigen nominatio auctoris zu keiner Zeit vorhanden gewesen ist, — wenn im Gegentheil gar manche Controversen darin bis auf

den heutigen Tag sich fortspinnen oder auch ganz neue dergleichen auftauchen. Ist man doch selbst über die wahre prozessualische Natur und das Wesen der Benennung des Auctors, ob und wiefern sie nemlich in den Bereich der Einreden und welcher bestimmten Gattung von Einreden, oder ob sie in den Bereich der heutigen Litiscontestation, insbesondere ob sie unter den Gesichtspunkt eines sogen. qualificirten Geständnisses falle [5]), oder ob sie nicht mit besserem Grunde als eine besondere Art der Litisdenunciation [6]) aufgefaßt werde, noch immer nichts weniger als einverstanden.

Von all' diesen Streitfragen wird uns indeß hier vorzugsweise nur eine beschäftigen, — die sich von den meisten übrigen zugleich dadurch auszeichnet, daß die const. 2. so wenig als die päbstliche Paraphrase, direkt einen festen Anhaltspunkt für ihre Entscheidung darbietet; — es ist dieß die Frage von den prozeßrechtlichen Folgen, welche die von dem mit der Reivindication in Ansprache genommenen Besitzer auf fremden Namen unterlassene, oder doch nicht rechtzeitig bewirkte nominatio auctoris nach sich ziehet. — Ist hier der Besitzrepräsentant gehalten, auf die gegen ihn erhobene Klage sich einzulassen? Inwiefern kann er als verpflichtet betrachtet werden, oder ist er auch nur befugt, den Streit über das Eigenthum, wenn er auch noch so weit entfernt ist, desselben für seine Person sich anzumaßen, auf eigenen Namen mit dem Kläger auszutragen? Ist er, falls er in einem solchen Rechtsstreite unterliegt, als wirklicher, oder als fingirter Besitzer der vindicirten Sache anzusehen, und wozu ist er also dann zu verurtheilen? Oder muß er bei unterbliebener Nomination das bei ihm befindliche Streitobject dem Kläger ohne Weiteres ausliefern? Endlich: in welchem Stadium

---

5) Eine übersichtliche Zusammenstellung und Prüfung dieser verschiedenen Ansichten, S. bei Wirsing, über d. processual. Natur der nominatio auctor. Würzb. 1848. §. 5. S. 39 flg.

6) Vergl. Wetzell, a. a. O. S. 32 unter 3.

des Prozesses und bis zu welchem Zeitpunkte kann oder muß der Beklagte von der Benennung des Auctors Gebrauch machen?

In Beziehung auf den zuletzt erwähnten Zeitpunkt bestimmt das Gesetz, wie gesagt, blos, die nominatio habe sogleich und ohne allen Verzug, — statim — zu geschehen. Da nun zur Zeit, als Constantin seine Verordnung erließ, die Einleitung des Prozesses noch mit der denunciatio l. editio rescipti anhob [7]), so wird anzunehmen seyn, daß Constantin die Nomination jedenfalls vor der ersten in der Sache anbezielten terminlichen Verhandlung, — vor der ersten cognitio [8]), — habe eingebracht wissen wollen. Allein im Justinian'schen Rechte war die denunciatio bekanntlich nicht mehr im Gebrauche; es war das schriftliche Libell an deren Stelle getreten [9]). Wohl liegt daher der Gedanke nahe, daß die nominatio auctoris nach neuestem römischen Rechte an die Frist [10]) gebunden gewesen sey, innerhalb welcher der Beklagte zu überlegen hatte, ob er den Kläger befriedigen, oder ob er es auf den Rechtsstreit ankommen lassen wolle. Für den heutigen Prozeß jedoch, welcher eine solche vom Richter zu bestimmende Frist nicht kennt, wäre damit an und für sich wenig gewonnen. Auf eine Beantwortung der übrigen soeben angeregten Einzelfragen hingegen geht die Constitution, wie sie uns vorliegt, überall nicht ein. Möglich wäre es, Constantin hätte den Beklagten, der bei der Nomination säumig sich erwiesen, mit einem ähnlichen vermögensrechtlichen Nachtheile bedroht gehabt, wie dieser nach weiterem Inhalte der Constitution den Beklagten, der ein streitiges Grundstück mit

---

7) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung u. Prozeß d. sinkend. röm. Reichs §. 21. S. 257 flg. Zimmern, der röm. Civilprozeß bis auf Justinian §. 143. Planck, a. a. O. S. 143. not. 28.

8) Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 23. S. 260.

9) Bethmann-Hollweg, a. a. O. §. 21. S. 252. Zimmern, a. a. O. §. 144. S. 438.

10) Bethmann-Hollweg, a. a. O. §. 22. a. E.

mehreren Theilhabern gemeinschaftlich besaß und dieß dem Gericht anzuzeigen unterließ, oder die richtigen Consorten nicht benannte, getroffen zu haben scheint [11]. Einestheils findet sich aber in Justinian's Gesetzbuche hiervon nirgends mehr eine Spur; anderentheils würden durch eine solche Bestimmung die obigen Fragen noch keineswegs vollständig gelöst, — sie würden vielmehr nach wie vor noch offene seyn.

Wir sind also genöthigt, anderwärts in den zu Gebote stehenden Quellen uns umzusehen und, indem wir sie sorgfältig zu Rathe ziehen, die gewünschten Aufschlüsse zu erlangen zu suchen.

§. 2.

Allernächst drängt sich hierbei eine mit der unserigen in genauester Verbindung stehende andere Frage in den Vordergrund, — die gleichfalls viel bestrittene Frage nemlich: ob und wiefern nach römischem Recht, insbesondere nach dem Rechte der Pandecten, die rei vindicatio nur gegen den juristischen Besitzer, oder ob sie unbedingt ebenso gut gegen den alieno nomine possidens wirksam angestellt werden könne. Ist das letztere der Fall, — ist also mit anderen Worten der bloße Besitzstellvertreter, — z. B. der Pachter, der Ermiether, der Commodatar, der Depositar u. s. w. — als solcher, als Beklagter bei der rei vindicatio, wie man jetzt zu sagen pflegt, passiv zur Sache legitimirt; so scheint nichts natürlicher, als daß die Eigenthumsklage, wenn der auf fremden Namen besitzende Beklagte von der nominatio auctoris keinen Gebrauch macht oder sich nicht rechtzeitig ihrer bedient, lediglich mit diesem weiter zu verhandeln sey und daß derselbe, möge er auch den juristischen Besitz noch so bestimmt in Abrede gestellt haben und als blosen Detentor sich aus-

---

11) Planck, a. a. O. §. 18. S. 140 flg. u. Zusatz zu §. 18. S. 557 f.

weisen, sobald der Kläger sein Eigenthum dargethan hat zur Anerkennung dieses letzteren und in Folge dessen zur Herausgabe des Streitobjectes an den Kläger für schuldig erkannt werde. In der That behaupten dieß neuere Prozessualisten, z. B. Johannes Schmid [12]), weil sie mit der Mehrzahl unserer Civilisten, — Donell [13]) an der Spitze, — jene Frage, — gleichviel übrigens, es handele sich von der Vindikation eines beweglichen Gegenstandes oder von der Vindikation eines Grundstücks, schlechthin zu bejahen nicht Anstand nehmen.

Allein bei unbefangener vorurtheilsfreier Erwägung dürfte dieselbe richtiger mit Branchü [14]), Hübner [15]), Glück [16]), Gesterding [17]) u. A. [18]), zu verneinen seyn.

Sein wohlerworbenes Eigenthum von Jedem reklamiren, Jedweden da nöthig durch gerichtliche Hülfe zur Ausantwortung desselben anhalten lassen zu können, der, wenn auch nur vorübergehend, faktisch in der Lage ist, es zu verabfolgen, hat allerdings auf den ersten Blick Manches für sich. Schon das blose dem Eigenthümer gegenüber ungerechtfertigte Inhaben der fremden Sache, möchte man sagen, schließt jederzeit einen Eingriff in das Eigenthumsrecht in sich. Scheinbar folgt dieß sogar ganz von selbst schon aus dem Begriffe und dem rechtlichen Inhalte des Eigenthumes.

---

12) Handbuch d. Civilprozesses §. 66. Bd. I. S. 169. S. auch schon Lauterbach, l. c. §. VI. u. §. XV.

13) in Commentar. de jure civil. Lib. XX. cap. III. §. 2. s. f. (edit. Bucher, Vol. XII. p. 502—507.)

14) Observation. ad Jus roman. Decad. II. (Lugdun. Batavor. 1723) cap. 15. p. 82 s. f.

15) Berichtigungen u. Zusätze zu d. Institt. d. röm. Rechts S. 117, S. 119 u. S. 130.

16) Erläuterungen d. Pandecten Thl. VIII. §. 586. S. 192 flg.

17) Lehre v. Eigenthum §. 43. S. 316 flg.

18) z. B. Martin, Vorlesung. über d. gemein. bürgerl. Prozeß Bd. I. §. 91. S. 478 f.

So hat indeß wenigstens das römische Recht, nach den in der Lehre vom Besitze von ihm aufgestellten und, im Einklange damit, bei der rei vindicatio stets befolgten Grundsätzen, die Sache keineswegs angesehen. — Wohl statuirt das römische Recht eine persönliche Klage, vermittelst welcher, wer einen zu dem Vermögen eines Dritten gehörigen beweglichen Gegenstand Namens eines Andern besitzt, von jenem Dritten, damit diesem dadurch zu einer wider den juristischen Besitzer anzustellenden rei vindicatio der Weg gebahnt werde, jenen Gegenstand aufzuzeigen, — zu exhibiren [19]) — genöthigt werden kann. Dagegen ist bei der römischen Eigenthumsklage in all' ihren verschiedenen Formen und, mehrfachem Wechsel unterworfen gewesenen, Gestaltungen immer als unabweichliche Regel festgehalten worden, daß sie einen Gegner voraussetzen, der die vom Kläger in Ansprache genommene — bewegliche oder unbewegliche — Sache entweder animo sibi habendi, oder Kraft einer Rechtsfiction, nicht also als bloser Besitz-Stellvertreter, besitze. Nach älterem Rechte [20]) mußte sogar, bevor überhaupt ein Rechtsstreit über das Eigenthum zugelassen ward, durch ausdrückliche Uebereinkunft der streitenden Theile untereinander, oder wo es an einer solchen fehlte durch besondere richterliche Entscheidung vorher festgestellt seyn, welche der beiden Partheien die Rolle des petitor, und welche von ihnen die Rolle des possessor zu übernehmen habe; worüber noch Justinian's Institutionen [21]) sehr bestimmte Andeutungen enthalten. Jene Regel selbst aber wird in zahlreichen Digestenstellen nicht blos anerkannt, sondern fast bei jeder

---

[19]) Ulpian in L. 3. §. 15. D. ad exhibend. 10, 4. „Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum; non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni.“ Pompon in L. 4. D. eod. „Nam et cum eo, apud quem deposita vel cui commodata vel locata res sit agi potest.“ S. auch c. 8. C. ad exhibend. 3, 42.

[20]) L. 62. §. 1. D. de judic. 5, 1. L. 1. §. 3. D. uti possidet. 43, 17. Zimmern, a. a. O. §. 66. S. 201.

[21]) §. 4. J. de interdict. 4, 15.

sich darbietenden Gelegenheit von Neuem in Erinnerung gebracht und gleichsam von Neuem eingeschärft. Namentlich geschieht dieß in f. 36. pr. D. de rei vindicat. 6, 1. mit den Worten des Gajus:

qui petitorio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit vel dolo desit possidere.

in einer im Furius Anthianus entlehnten Stelle, — L. 80. D. eod.

In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere;

in L. 25. pr. D. de obligationib. et actionib. 44, 7, wo selbst Ulpian bemerkt:

In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est, qui rem possidet,

sowie in einer Aeußerung des nemlichen Juristen, in L. 9. pr. D. de rei vindic.

Officium judicis in hac actione, — der rei vindicatio, — hoc erit ut judex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi, rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem.

Hätte wenn es hier durchweg als etwas bei der rei vindicatio schlechthin Unerläßliches hingestellt wird, daß der Beklagte sich im Besitze des Streitgegenstandes befinde, der Kläger damit nur gewarnt und abgemahnt haben werden wollen, mit der Eigenthumsklage wissentlich gegen Jemanden vorzugehen, der weder faktisch noch juristisch irgend welche Herrschaft über die vindicirte Sache auszuüben vermöge, so wäre diese Warnung fürwahr eine so triviale gewesen, daß es auffallen müßte, sie so oft wiederholt und mit allem Nachdruck ausgesprochen zu sehen. Offenbar ist in den in Bezug genommenen Stellen, wo sie von

dem „possessor“ und von „possidere“ reden, auch nicht an blose Detention, sondern lediglich an den juristischen Besitz zu denken, der dem Beklagten, wie bei jeder dinglichen Klage, so namentlich auch bei der wider ihn erhobenen rei vindicatio, seiner Behauptung nach zur Seite stehen müsse.

Zweifel hiergegen erregt auch im Grunde ein einziger Umstand, den die Gegner für ihre abweichende Meinung fort und fort geltend machen. In dict. L. 9. D. de rei vindiciat. fährt Ulpian wörtlich fort:

> Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique ait, ab eo, apud quem res deposita est, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis ventrisve nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

Deutlich, sagt man [22]), sei hier ausgesprochen, daß, während einige römische Juristen, mit Pegasus, der Meinung gewesen wären, als ob die rei vindicatio nur einem Gegner gegenüber

---

[22]) Vergl. nächst Donellus l. c. Mittermaier, i. Arch. f. civilist. Praxis Bd. IV. S. 402. §. 3. Linde, a. a. O. S. 125 flg. Heimbach, De dominii probatione (Lips. 1827) cap. III. §. 10. p. 43 s. f. Wirsing, a. a. O. §. 2. S. 14 flg. S. auch Schweppe, a. a. O. §. 266. Göschen, Vorlesung. üb. d. gemein. Civilrecht Bd. II. §. 235. S. 48. Mühlenbruch, Pandekten-Rt. Thl. II. §. 273. Puchta, Vorlesung. üb. d. heut. röm. Rt., herausgegeb. v. Rudorf, Bd. I. §. 168. S. 324 flg. v. Vangerow, Leitfad. f. Pandekten-Vorlesung. Bd. I. §. 332. S. 576. Anmerk. 3. (Ausg. v. 1848). Sintenis, Gemein. Civilrt. Bd. I. §. 52. S. 515 not. 15. Seuffert, Pandekten-Rt. 4. Ausg. §. 149. v. Holzschuher, Theorie u. Casuistik d. gemein. Civilrts. 2. Ausg. Bd. II. S. 246 zu 6. Arndts, Pandekten. 2. Aufl. §. 166.

Platz greife, der mit einem der genannten beiden Interdicte im Besitze des zu vindicirenden Gegenstandes sich zu schützen vermocht haben würde, Justinian der von Ulpian vertheidigten Ansicht den Vorzug eingeräumt habe, nach welcher die Eigenthumsklage gegen den nudus detentor, mithin nach dem Digestenrechte auch gegen den alieno nomine possidens, ganz eben so gut, und stets mit dem nemlichen Erfolge, durchgeführt werden könne, wie gegen den juristischen Besitzer.

Einige Rechtslehrer, welche dieß, gleich uns, mit den theils bereits angeführten, theils weiter unten anzuführenden Quellenzeugnissen nicht zu vereinigen wußten, nahmen deshalb zur Conjekturalkritik ihre Zuflucht. Statt et habent restituendi facultatem peti posse, schlugen sie in L. 9. cit. nec habent restituendi facultatem peti non posse zu lesen vor [23]); was denn freilich um so gewagter erschien, da auch die Basiliken [24]) die Worte Ulpian's in der oben mitgetheilten, namentlich auch der Florentina entsprechenden Fassung wiedergeben. — Zum Glück bedurfte es aber einer solchen Emendation gar nicht, indem die von Ulpian referirte Lehrmeinung des Pegasus und die von ihm selbst für die richtigere oder korrektere erklärte, — wie dieß auch von Anderen [25]) schon erkannt, wenn auch bisher kaum in befriedigender Weise dargelegt worden ist, — keineswegs so weit auseinander gehen, wie man gewöhnlich annahm und noch annimmt.

---

[23]) S. darüber Glück, a. a. O. S. 195 u. Wirsing, a. a. O. S. 15. Daß sich die obige Lesart (wie Donellus l. c. §. 3. und Andere annahmen) in irgend einem Pandekten-Codex finde, dürfte unnachweislich sein. S. Gebauer ad L. 9. cit. pol. 67.

[24]) Libr. XV. Tit. I. cap. 9. (edit Heimbach, Tom. II. p. 197) verb. „καὶ πᾶς νεμόμενος καὶ δυνάμενος ἀποκαταστῆσαι ἐνάγεται τῇ περὶ πραγμάτων ἀγωγῇ."

[25]) Namentlich v. Branchü, l. c. p. 91. s. f. Glück, a. a. O. S. 195 und Gesterding, a. a. O. (welchen übrigens Wirsing a. a. O. S. 15 u. S. 43 mißversteht!)

Die Herausgabe einer vindicirten Sache ist jetzt mittelst der Eigenthumsklage nur durchzusetzen, wenn der Beklagte den Besitz auf eigenen Namen sich zuschrieb und der Kläger sein Eigenthum nachgewiesen hat. Nach dem älteren Rechte war die Naturalrestitution selbst in diesem Falle direkt nicht zu erzwingen, so lange bei der rei vindicatio, die bekanntlich zu den actiones arbitrariae zählte [26], überhaupt auf eine solche richterlich nicht erkannt wurde [27]. Nur indirekt wurde hier die Naturalrestitution herbeizuführen gesucht durch das dem Beklagten, Falls er je nach dem Ergebnisse der dem eigentlichen Rechtsstreite vorausgehenden Vorerörterung, im Streite unterliegen zu müssen schien, vom Arbiter gestellte [28] eventuelle Ansinnen einer an den Kläger zu entrichtenden bestimmten Geldbuße. Kam es aber später zu einer wirklichen Condemnatoria, so durfte auch diese nur auf ein entsprechendes Geldquantum, nicht auf die Herausgabe der Sache, lauten [29]. Sicher wies auch schon der Arbiter, sobald er bei der Voruntersuchung sich überzeugte, daß die Klage gegen einen Nichtbesitzer erhoben war, vermöge seines officii den Kläger alsbald damit zurück [30]. Dagegen war das Urtheil, welchem der fictus possessor verfiel, zu allen Zeiten und immer blos auf die litis aestimatio [31] zu richten.

---

26) S. von Savigny, System d. heutig. röm. Rts. Bd. V. §. 223. S. 150 unter 1.

27) Gajus, Institt. Lib. IV. §. 48. von Savigny, a. a. O. §. 215. S. 75.

28) Zimmern, a. a. O. §. 65. S. 197. Heffter, System d. Civil-Prozeßrechts §. 118. S. 1341 unter III. v. Savigny, a. a. O. §. 221. S. 121. flg. u. §. 244. S. 145.

29) von Savigny, a. a. O. §. 215. S. 76. bei Not. r. §. 221. S. 123. bei Not. e.

30) von Savigny, a. a. O. S. 477.

31) L. 68. D. de rei vindicat. Zimmern, a. a. O. §. 65. S. 198. von Vangerow, a. a. O. S. 577. S. jedoch auch Bethmann-Hollweg, Versuche üb. d. Civilprozeß S. 282 bei Not. 72.

Mit Hinblick hierauf bot nun das was Pegasus und einige andere Juristen vom Verhältniß des Beklagten bei der rei vindicatio gelehrt hatten, zu einigen nicht unbegründeten Ausstellungen Anlaß.

Indem Pegasus die rei vindicatio nur gegen einen Beklagten der sich der possessio ad interdicta erfreue zugelassen wissen wollte, war er insofern vollkommen fundirt, als er demzufolge (verb. denique etc.) dem alieno nomine possidens, der ja nach der römischen Auffassung, gemäß einer Anzahl der deutlichsten Gesetzesaussprüche [32]), überall nicht selbst besitzt, mit jener Klage zu verschonen erachtete. Wohl gemerkt bestreitet dieß aber auch Ulpian mit keiner Sylbe. Allein einmal ließ die Doktrin des Pegasus den fictus possessor, der zur Zeit wo die Klage erhoben ward gar wohl alieno nomine besitzen, niemals aber Interdictenbesitz haben konnte, ganz unberücksichtigt; und weiter hätte jene Doktrin zu dem Irrthume verleiten können, als ob der Beklagte im Klaganbringen als juristischer Besitzer habe bezeichnet werden müssen, während doch der Besitz des Beklagten bei dem hier in Rede stehenden Rechtsmittel zwar thatsächliche Bedingung der Verurtheilung ist, aber keineswegs [33]) zu dem eigentlichen Grunde der Klage, — der intentio, — gehörte, daher auch in der formula nicht erwähnt ward [34]). Des

---

[32]) L. 3. §. 12. D. de acquir. vel amitt. possess. 41, 2. „Caeterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicuti diximus per colonum.“ L. 9. eod. „Generaliter quisquis animo nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur.“ L. 18. pr. eod. „Nec idem est possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium.“ L. 25. §. 1. eod. „Et per colonos et inquilinos — — nostros possidemus.“ S. auch L. 33. §. 1. D. de usurpationib. 41, 3. L. 13. §. 12. D. de heredit. petit. 5, 3.

[33]) Zimmern, a. a. O. §. 66. S. 201. vergl. mit §. 125. S. 380.

[34]) von Savigny, a. a. O. S. 477 bei Not. b.

Beklagten aktuelle Detention des zu vindicirenden Objektes, sagt deshalb Ulpian, ist es zunächst allein, worauf der Kläger bei der Anstellung der rei vindicatio sein Augenmerk zu richten hat („puto ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.“) Mehr als dieses thatsächliche Innehaben braucht der Kläger, neben seinem Eigenthumsrechte, auch nicht zu beweisen, da ja auch der juristische Besitz äußerlich nur durch die vorhandene Möglichkeit, eine physische Herrschaft über die Sache auszuüben, zur Erscheinung kommt. Doch muß der Kläger freilich auf die Ausflucht des Beklagten, dieser besitze die vindicirte Sache blos auf fremden Namen und vermöge also, ohne pflichtwidrig gegen seinen Auctor zu handeln, nicht, sie an den Vindikanten hesauszugeben, gefaßt sein, („quia licet alicui dicere, se non possidere“) [35]. Schützt aber der Beklagte diese Einrede nicht vor, so läßt dieß unverkennbar darauf schließen, daß er selbst den Besitz sich zuschreibe, und es steht, wenn er zur Zeit wo die Condemnatoria erfolgt fortwährend noch detinirt, nichts im Wege, ihn als Besitzer zu verurtheilen. Entäußerte er sich dagegen im Laufe des Vindicationsstreites der Detention durch Zurückgabe der innegehabten Sache an den Auctor, so ist er von da ab dem Kläger gegenüber qua fictus possessor zu behandeln, folglich zur Leistung der litis aestimatio zu condemniren.

Insofern läßt sich also die Eigenthumsklage, wie Ulpian zur Berichtigung und Ergänzung dessen, was Pegasus und dessen Anhänger gelehrt hatten, hervorzuheben für nöthig fand, allerdings auch gegen einen blosen Detentor, insbesondere gegen

---

35) cit. L. 80. D. de rei vindicat. — Der Gebrauch des, — den direkten Gegensatz von negare bildenden — Wortes dicere dürfte kaum bezweifeln lassen, daß der Jurist hier eine Einrede im Blicke hat, deren sich der Beklagte bedienen könne. S. auch v. Linde, a. a. O. S. 126 bei Not. 3. Rücksichtlich dieser Einrede liegt aber auch der Beweis dem Beklagten ob. Denn: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. L. 2. D. de probationib. 22, 3.

den blosen Besitzrepräsentanten, wirksam anstellen und durchführen. Abgesehen hiervon aber faßt noch Justinian die Verhandlung der rei vindicatio an und für sich als einen Streit um das Eigenthum auf, als einen Streit, bei welchem die Frage: ob das Eigenthum der vindicirten Sache dem petitor, oder dem possessor zusteht, zur Entscheidung zu bringen ist. Klar erhellet dieß u. A. aus §. 1. I. de actionib. 4, 6.

> Nam unusquisque — aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae sunt actiones in rem: veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat;

daher denn auch eine der am häufigsten vorkommenden Einreden des Beklagten gegen die wider ihn erhobene Eigenthumsklage die war, daß er selbst Eigenthümer der vindicirten Sache sei [36]. — Wie also hätte es den Römern in den Sinn kommen mögen, den blosen Besitzstellvertreter, der nach seiner Stellung zum Streitobjekte eigenes Recht an demselben nicht in Anspruch nimmt und zudem rechtlich verbunden ist, die Sache einem bestimmten Dritten zurück zu überantworten, gerirt er sich anders nicht selbst als der Besitzer, zu einem derartigen Streite zu nöthigen. Ward ja doch nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung [37], selbst der fictus possessor der Verpflichtung zur Entrichtung der litis aestimatio ledig, sobald er darthat, daß der Kläger davon, daß er gegen einen Nichtbesitzer klage, bereits bei Erhebung der Klage Wissenschaft gehabt habe.

---

36) Auf diese Einrede, — die exceptio dominii — allein bezieht die Worte der cit. L. 9. pr. D. de rei vindicat. „qui non objecit aliquam exceptionem“ Heimbach, l. c. p. 88. und wohl mit Recht. S. indeß auch Kori, im Archiv für civilist. Prax. Bd. XXVII. S. 327.

37) L. 26. D. de rei vindicat.

§. 3.

Der Satz, daß der alieno nomine possidens, dafern er sich zeitig als solchen kundgab und auswies, nach dem Rechte der Pandekten stets von der, — sey es einer beweglichen Sache, sey es eines Grundstückes halber, — wider ihn erhobenen Eigenthumsklage habe entbunden werden müssen, dürfte hiernach wohl als feststehend angesehen werden können, wären nicht in den letzten Decennien erst zwei bisher von uns noch nicht berührte Doctrinen aufgestellt worden, denen davon abweichende Auffassungen zu Grunde liegen. Auch diese Doctrinen bedürfen daher noch einer kürzlichen Erwähnung und Beleuchtung.

Heimbach und Brackenhoeft gelangen bei ihren, — übrigens von einander ganz unabhängigen, — gelehrten Erforschungen [38]), zunächst übereinstimmend zu dem Resultate: über das Eigenthumsrecht selbst könne mit dem Erfolge, daß dieses dem Kläger rechtskräftig zugesprochen werde, von letzterem nur mit dem juristischen Besitzer gestritten, — es könne der förmliche Eigenthumsstreit nur mit diesem verhandelt und durchgeführt werden.

Bei der Klage aus dem strengen Eigenthum (ex jure Quiritium) war dieß, nach Brackenhoeft, immer der Fall, soll es aber nach dem Digestenrechte, welches die vindicatio ex jure Quiritium nicht mehr kennt, auch jetzt noch seyn, wenn der Beklagte qua possessor litem contestirt; wohingegen für die rei vindicatio in ihrer heutigen Gestalt, wenn der Beklagte ohne litem zu contestiren, blos die Detention einräumt, die Wirkung

---

[38]) S. Heimbach, l. c. cap. III. §. 11. p. 94. §. 12. s. f. p. 96. vergl. mit §. 3. s. f. p. 18. s. f. u. Brackenhoeft in d. Zeitschr. für Civilrt. u. Prozeß Bd. XI. S. 251. besonders Not. 2. und in Roßhirt's Zeitschr. f. Civil- und Criminal-Rt. Bd. IV. S. 75 flg. vergl. mit seinen Erörterungen zu Linde §. 153. ingl. §. 117. Not. 3.

einer blosen rei petitio (des petitorium judicium) übrig bleiben soll, bestehend in der Translation des Besitzes auf den Kläger, — die somit, sobald der Kläger sein Eigenthum nachgewiesen habe, vom Richter auszusprechen sey.

Weiter noch geht hier Heimbach, insofern er dem alieno nomine possidens gegenüber nicht einmal den Eigenthumsnachweis des Klägers für erforderlich hält. — Wer, — sagt Heimbach [39] —, auf eine wider ihn erhobene Eigenthumsklage dahin sich vernehmen lasse, daß er den vindicirten Gegenstand für einen Anderen, also ohne animus sibi habendi, inne habe, folglich den Besitz läugne, habe freilich nicht nöthig, und sey auch gar nicht in der Lage, auf einen Streit über das Eigenthum einzugehen, da in jeder solchen Vernehmlassung zugleich die Erklärung enthalten sey, daß Beklagter des Klägers Eigenthum anzuzweifeln oder zu bestreiten gar nicht gemeint sey. Sonach müsse hier der Beklagte zur alsbaldigen Herausgabe des vindicirten Gegenstandes an den Kläger angehalten werden.

Folgt man also Heimbach, so würde, — wie Heimbach

---

39) l. c. §. 10. p. 94. verb. „Sed quod Ulpianus dicit, etiam a nudis rei detentoribus rem posse vindicari, ita intelligendum est, ut locus quidem adversus eos rei vindicationi esse debeat, quum haec actio in rem sit, et adversus quemlibet instituatur, cujus in manibus res reperiatur. Jam vero exinde nondum sequitur, nudum rei detentorem ad litigandum de rei proprietate cum petitore cogi. Quum enim alieno nomine possideat, nec animo sit, rem sibi habendi, liberandus est, si ante quam judicium accipiat, negaverit: sese possidere, i. e. ultro professus fuerit, se rem quidem tenere, nec vero eam sibi habere velle. Neque enim dominium negat petitoris, neque aliud quid juris in re sibi tribuit; imo quum negaret se possidere, sua sponte omni possessione cessit, quae nunc in petitorem transferenda est.“ Ferner p. 96. verb. „Sin autem negaverit se possidere, tum possessio ad petitorem transferenda est, quia adversarius negando se possidere significavit, se animum domini non habere et de dominio petitoris non dubitare.“

auch selbst anerkennt [40]), — jeder Vindicationsstreit mit einem Besitzer auf fremden Namen, der der Detention geständig oder zu überführen ist und von der nominatio auctoris keinen Gebrauch macht, nothwendig mit einer, wenn auch nicht auf die Verpflichtung zur Anerkennung des Eigenthumsrechtes des Klägers gerichteten, denn doch auf Herausgabe des Streitobjektes lautenden Condemnatoria endigen. — Ein Gleiches, jedoch wie auch dieser Gelehrte, wie gesagt, ausdrücklich hervorhebt [41]), nur auf Besitzeinräumung lautendes, Urtheil würde wenn man Brackenhoeft sich anschlösse ergehen müssen, sobald zugleich des Klägers Eigenthum an der vindicirten Sache dargethan seyn würde.

Wir unseres Theils vermögen uns indeß von der Haltbarkeit keiner dieser beiden Theorien zu überzeugen.

Zuzugeben ist wohl, daß unter Umständen auch der alieno nomine possidens, wenn und weil er, — worauf weiter unten noch einmal zurückzukommen seyn wird, — seine eigenen Rechte in der gesetzlich zulässigen, der Führung eines Prozesses in fremdem Interesse ihn überhebenden Weise gehörig wahrzunehmen verschmähet und zugleich die Pflichten gegen seinen Auctor bis zur rechtskräftigen Entscheidung fortwährend verläugnet, zur Auslieferung des vindicirten Gegenstandes an den Kläger zu verurtheilen ist. Dieß jedoch, — dafern er anders nicht etwa die Detention der vindicirten Sache, wahrheitswidrig, in Abrede gestellt und dieses chikanösen Läugnens vom Kläger überführt worden ist [42]), — anders nicht, als nach vom Vindikanten erbrachtem Beweise seines, vom Beklagten nicht eingeräumten, Eigenthumsrechtes. Daß letzteres, — abgesehen von dem soeben erwähnten Ausnahmsfall, — stets zuvor dargethan seyn müsse,

---

40) l. c. §. 11. p. 96.

41) S. besonders in Roßhirt's Zeitschr. a. a. O. S. 77.

42) L. 80. D. de rei vindicat. verb. „Ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam non adprobaverit.“

scheint sich nicht blos für das neueste römische Recht aus c. 28. C. de rei vindicat. 3, 32:

Res alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur,

sondern, hingesehen auf die Worte der L. 9. D. cit.:

ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere,

auch für das Pandektenrecht unwiderleglich zu bewahrheiten.

Dieß ist es was, unseres Dafürhaltens, Heimbach's Theorie hauptsächlich entgegen steht. Brackenhoeft dagegen stützt sich [43]) bei seiner Ausführung vorzugsweise auf den mehrerwähnten Ausspruch Ulpian's: puto ab omnibus, qui tenent et habent facultatem restituendi, peti posse. Indeß ist es schwerlich gerechtfertigt, wenn Brackenhoeft aus dieser Aeußerung auf einen nach dem Rechte der Digesten noch fortbestehenden praktischen Unterschied zwischen der rei petitio (der petitoria actio oder dem petitorium judicium) und zwischen der heutigen rei vindicatio schließt, und wenn er den mit der heutigen Eigenthumsklage Belangten, je nachdem dieser als juristischer Besitzer, oder als Besitzer auf fremden Namen, der von der nominatio auctoris keinen Gebrauch machte, bei der Verhandlung des Eigenthumsstreites sich herausgestellt, dort zur Anerkennung des Eigenthumsrechtes des Klägers und zur Herausgabe der vindicirten Sache für schuldig erachtet, hier den Kläger in den Besitz der letztern gesetzt wissen will. Eine solche translatio possessionis kennt, scheint es, das römische Recht nur theils, — wie z. B. in dem in unserer Constitution hervorgehobenen Falle, also wo der Nominat der an ihn ergangenen Beiladung nicht Folge leistet, — als poena contumaciae, theils aber, — wie in L. 80. D.

---

43) Besonders in Roßhirt's Zeitschr. a. a. O. S. 76 und 78. und in d. Erörterungen §. 117. bei Not. 6.

cit. [44]) — als poena temere litigantis. Und daß die rei vindicatio und die rei petitio im Justinian'schen Rechte völlig identificirt sind, daß beide Rechtsmittel durchweg gleiche Voraussetzungen haben und gleiche rechtliche Wirkungen hervorbringen, erhellet deutlich aus einer Reihe von Gesetzstellen. Nach L. 36. pr. D. de rei vindic. soll das „petitorium judicium", nach §. 4. 7. de interdict. 4, 15 die „petitoria actio", gerade so, wie nach anderen Stellen die rei vindicatio, nur gegen den Besitzer durchzuführen seyn [45]). „Possidere autem" — heißt es aber in §. 5. 7. eod. weiter — „videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed etsi ejus nomine aliquis in possessione sit, — — qualis est colonus et inquilinus" etc.

Hätte dem Eigenthümer der von einem Dritten in des juristischen Besitzers Namen detinirten Sache, neben dem für bewegliche Gegenstände von den Gesetzen ausdrücklich ihm eingeräumten Klagerechte auf Exhibition, ein Klagerecht auf Restitution gegen diesen Dritten zugestanden, so müßte dieser ja wohl unstreitig auch vollkommen befugt gewesen seyn, den Besitz auch unerwartet der Klage demselben zu überantworten. Und doch würde der Besitzstellvertreter, der Bestimmung Justinian's in c. 12. C. de acquir. vel retin. possess. 7, 32. [46]) zufolge, hierdurch einer

---

44) Ebenso in Novella XVIII. cap. 10. verb. „pro abnegatione namque circa hoc et actoris laboribus, dum adhuc causa dicitur, ad actorem transferatur rerum de quibus est quaestio facta, possessio. S. darüber v. Vangerow, a. a. O. S. 575.

45) S. auch von Savigny, a. a. O. §. 209. S. 29. §. 223. S. 130 u. Beilage XVIII. S. 477.

46) verb. „— — definimus ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quisquam alius, per quem licentia est nobis, possidere, corporaliter nactam possessionem cujus cunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat: sed et ipse,

widerrechtlichen Handlungsweise, — einer Untreue gegen den, auf dessen Namen er besitzt, sich schuldig machen, auch jedenfalls, — was auch Heimbach[47]) zugiebt, — einem Anspruche auf Schadensersatz sich aussetzen. Wie eigen also, wäre er, ohne aus diesem Umstande eine Einrede herleiten zu dürfen, dem mit der Eigenthumsklage auf ihn eindringenden Nicht-Auctor ohne Weiteres zu weichen je für verpflichtet angesehen worden!

§. 4.

Fassen wir das Ergebniß unserer bisherigen Betrachtung kurz zusammen, so stellt sich dasselbe in der Hauptsache zunächst als ein blos nagatives dar. — Der alieno nomino possidens, sahen wir, war schon nach dem Rechte der Pandekten nicht gezwungen, auf einen Streit über das Eigenthum, mochte es dabei von beweglichen oder von unbeweglichen Sachen sich handeln, sich einzulassen; er konnte sich durch Berufung darauf, daß er bloser Besitzstellvertreter sey, des Streites erwehren, — mußte, sobald er in dieser Eigenschaft sich auswies, von der wider ihn angestellten Eigenthumsklage losgezählt werden.

Hingesehen hierauf wird es sich also nur fragen: welche neue Bestimmung die const. 2. in dieser Beziehung, die Vindication von Grundstücken anlangend, eigentlich getroffen habe, und welche rechtliche Folgen daraus für die Beantwortung unserer Hauptfrage abfließen?

Weiter dürfte schon aus einigen bisher vorgekommenen gelegenheitlichen Andeutungen klar geworden seyn, daß diese Beantwortung unmöglich für alle gedenkbaren Fälle die nämliche werde seyn können, die Folgen der unterbliebenen nominatio auctoris

---

si liberae conditionis est, competentibus actionibus subjugetur: omni jactura ab eo restituenda domino rei, vel ei, circa quem negligenter vel dolose versatus est."

47) l. c. §. 12. p. 95.

vielmehr, je nachdem die Sache im Uebrigen prozessualisch sich entwickelt, nothwendig verschieden sich gestalten.

Zunächst also: inwiefern weicht der dem eines Grundstückes halber mit der rei vindicatio belangten Besitzer auf fremden Namen seit Einführung der Nomination zu seiner Vertheidigung eröffnete Weg von demjenigen Wege ab, der bereits schon früher desfalls ihm vorgezeichnet war? — Insofern, meinen wir, als das Anführen des Beklagten, daß er das vindicirte Grundstück für einen Anderen besitze, wird damit die vorgeschriebene alsbaldige Namhaftmachung dieses Anderen verbunden, nicht weiter als Einrede, — weder in der römischrechtlichen, noch in der heutigen prozessualischen Bedeutung des Wortes, — und somit nicht als eine Behauptung, deren Beweis dem Beklagten obläge, zu betrachten ist, dieses so qualificirte Anführen den Beklagten vielmehr sofort jeder weiteren Vertheidigung gegen die Klage überhebt und entbindet. — Diese Auffassung entspricht, wie uns dünkt, nicht blos den Worten der Constantin'schen Verordnung; sie entspricht auch vollkommen dem legislativen Zwecke, der dem Kaiser bei dem neugeschaffenen Prozeßinstitute allem Vermuthen nach vorschwebte. Offenbar wohl war dieser Zweck auf die möglichste Förderung der Interessen aller theils unmittelbar, theils mittelbar bei dem Vindicationsstreite Betheiligten gerichtet. Während der Eigenthumskläger vermittelst der Nomination in der Person des Nominaten den, möglicher Weise ihm bisher ganz unbekannt gebliebenen, wirklichen Störer seines Eigenthumsrechtes, — seinen eigentlichen Widerpart, — alsbald kennen lernte, — was um so größeren Werth für ihn haben mußte, da das bei verschiedenen anderen Klagen gesetzlich dazu für anwendbar erkärte Expediens der interrogatio in jure bei der rei vindicatio nie zulässig oder gebräuchlich gewesen zu seyn scheint [48]), erhielt

---

48) S. von Buchholz, jurist. Abhandlungen. Nr. I. S. 7. bei Not. 27. vergl. mit Bethmann-Hollweg, Versuche S. 278, u. Glück a. a. O. §. 586. S. 196. bei Not. 82.

der Nominat durch die Nomination Gelegenheit, vor allen Dingen näher zu erwägen, ob es gerathener für ihn sey, seine prätendirten Ansprüche auf das Vindicationsobjekt aufzugeben, oder nicht, und letzteren Falles seine Rechte ohne Zeitverlust, und in der ihm günstigen Parteirolle eines Beklagten, wahrzunehmen. Dem Nominanten selbst hingegen bot sich in der Nomination das geeignetste Mittel dar, nicht nur einer lästigen Prozeßführung in wesentlich fremdem Interesse und aller nothwendig damit verknüpften Weiterungen und Unannehmlichkeiten, wenn er es wünschte, auf die einfachste Weise sich zu entschlagen [49]), sondern auch, da die Nomination zugleich die Stelle einer Streitverkündigung vertritt, die für den Verklagten indicirt seyn konnte, die Vortheile einer behufs Aufrechthaltung eines Evictions-, bezüglich Abwendung eines Entschädigungs-Anspruches geschehenden litis denunciatio sich zu sichern. — Demgemäß bedient sich aber der Beklagte der nominatio auctoris, nicht um in einem wider ihn anhängigen Rechtsstreite den Obsieg zu erringen, oder um vermittelst derselben die Abweisung des Klägers herbeizuführen, sondern um einen ihm drohenden Rechtsstreit im Entstehen von sich abzuwenden und die Pflicht der Vertheidigung gegen die wider ihn eingebrachte Klage auf den Nominaten, gleich als wäre die Klage gleich anfänglich gegen diesen erhoben worden, hinüberzulenken; wobei dann der Nominant nach klarem Inhalte der Constitution weder irgend einen Beweis zu führen [50]), noch auch nur einen bestimmt formulirten Antrag zu stellen nöthig hat.

---

49) Eine abweichende Anschauung S. bei Morstadt, Civilprozeß-Schlüssel §. 117. S. 106.

50) Es ist daher gewiß eben so ungerechtfertigt, wenn Einige, z. B. Lauterbach l. c. X. und Gensler, im Archiv f. civilist. Praxis Bd. III. S. 424. sub d., den Nominanten mit dem Beweise, daß er bloser Besitzrepräsentant, als wenn Andere, (vergl. Lauterbach, l. c. §. XVI.) ihn mit dem Beweise, daß der Nominat wirklich juristischer Besitzer sey, bebürdet wissen, oder (S. Lauterbach l. c. §. X.) die Nomination nur dann berück-

Endlich wird man aber auch der Ueberzeugung länger sich nicht verschließen dürfen, daß durch die Aufnahme der Constantin'schen Verordnung in Justinian's Codex das in den Digesten enthaltene Recht zwar ergänzt und augmentirt, keineswegs aber in irgend einer Beziehung aufgehoben und abgeändert worden ist. Darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen die Eigenthumsklage an und für sich gegen den alieno nomine possidens Platz greife oder nicht, findet sich in der Constitution keinerlei neue Bestimmung [51]; sie verbreitet sich hierüber, sicher mit gutem Vorbedacht, überall nicht. Sie hat, wie sie uns vorliegt, an die Unterlassung der Nomination auch nirgends ein Präjudiz geknüpft oder sonst das Unterbleiben derselben mit einem bestimmten Nachtheile bedroht. Ja, sie bezeichnet den Weg der Nomination überhaupt nicht als einen solchen, den der Beklagte in dem gegebenen Fall nothwendig und unerläßlich einzuschlagen habe; — sie hat dem Beklagten nirgends untersagt, der wider ihn erhobenen Klage, convenirt es ihm anders, an Statt mit der Nomination mit der schon früher gesetzlich ihm zugestandenen

---

sichtigt wissen wollen, wenn sie mit einem Eide für Gefährde bekräftigt werde. Die richtige, — auch von Flach (in dieser Zeitschr. Bd. XVII. S. 157) vertheidigte — Ansicht hat schon Ilico Ummius, Process. judiciarius nov. Disputat. XI, Thes. XI. No. 48.

51) Wirsing hat a. a. O. S. 25 und S. 37 auszuführen gesucht, die Doktrinen des Pegasus und Ulpian's in L. 9. cit. ständen zwar in direktem Widerspruche mit einander; doch sey Justinian in unserer constit. 2. zu der von Constantin daselbst adoptirten, von Justinian früher verworfenen Ansicht des Pegasus von der unbedingten Unzulässigkeit der rei vindicatio gegen den blosen Besitzrepräsentanten zurückgekehrt. Abgesehen davon, daß der Nominant dann beim Ausbleiben des Nominaten folgerichtig, statt wie constit. 2. es vorschreibt, zur Herausgabe des Grundstückes angehalten zu werden, von der Klage hätte entbunden werden müssen, vermögen wir, unseres Theils, da wir den beregten Widerspruch zuzugestehen außer Stande sind, weder etwas was die Annahme einer solchen Sinnesänderung Justinian's rechtfertigen könnte, noch etwas, was zu dieser Sinnesänderung hätte Veranlassung geben können, aufzufinden.

exceptio zu begegnen, und somit gerade so sich dagegen zu vertheidigen, wie wenn die Klage nicht eines auf fremden Namen von ihm besessenen Grundstückes, sondern einer beweglichen Sache halber [52]), die er als Besitzstellvertreter innehat, wider ihn angestellt wäre. — Viele sind hier um deswillen anderer Ansicht, weil die Constitution der Worte: debet statim — dominum nominare vom Beklagten sich bedient. Nicht selten wird daher von einer „Legalverpflichtung" [53]), von einem „prozessualischen Zwange" [54]), zur Nomination gesprochen. Indeß geht aus jenen Worten der Constitution mehr nicht mit Sicherheit hervor, als daß der Gesetzgeber die Nomination, dafern anders der Beklagte Gebrauch von ihr zu machen beabsichtigte, gleich bei'm Beginn des Prozesses bewirkt wissen wollte. Im übrigen ist aber kaum abzusehen, warum das Wort: debet dort nicht gerade so, wie dieß auch in sehr vielen andern römischen Gesetz-

---

52) Die n. a. wie die meisten Rechtslehrer es wollen, auch bei der Vindikation beweglicher Gegenstände zuzulassen, ist, da die const. 2. sowohl, als das cap. 5. §. 7. X. cit. dem klaren Wortlaute nach auf die Vindication von Immobilien sie beschränken, offenbar bedenklich. Doch hat man jene Beschränkung aus zum Theil schwerlich zutreffenden, zum Theil ziemlich seltsamen Gründen zu erklären gesucht. Fritz (Erläuterungen und Zusätze zu von Wening-Ingenheim Bd. I. S. 296) hält dafür, der Grund der Beschränkung könne darin liegen, daß man den Kläger, der sein Eigenthum an dem beweglichen Gegenstande erweisen könne, den Besitz nicht lange habe vorenthalten wissen mögen. Ist aber unsere Annahme richtig, daß jeder alieno nomine p. der sich als solcher auswies, von der wider ihn angestellten Eigenthumsklage entbunden werden müsse; so fällt damit diese Vermuthung von selbst dahin. — Eine ganz eigenthümliche Erklärungsweise s. bei Morstadt, a. a. O. S. 110. unter II. — Landesgesetze, — z. B. die Allgem. G. O. für die Preuß. Staaten Tit. XVII. §. 34. — statuiren die n. a. aber allerdings auch bei beweglichen Sachen.

53) So Morstadt, a. a. O. S. 108.

54) Mittermaier, a. a. O. S. 403. Zimmern, a. a. O. §. 29. S. 77. von Vangerow, a. a. O. S. 575. Anmerk 3. Wirsing, a. a. O. S. 33. unter II. von Holzschuher, a. a. O. S. 246 zu 6.

stellen [55]) geschehen ist, als gleichbedeutend mit dem auf das lediglich Fakultative hinweisenden Ausdruck: potest gebraucht worden seyn sollte. Verstand ihn doch schon die Glosse [56]) zu unserer Constitution nicht anders, und verstehen ihn doch angesehene Juristen noch jetzt [57]) so.

Alles dieß scheint uns wenn es sich von den prozessualischen Folgen der unterbliebenen nominatio auctoris handelt wesentlich in Betracht zu kommen, bisher jedoch bald gänzlich verkannt, bald viel zu wenig beachtet worden zu seyn. Hierüber das Nähere in Nachstehendem.

§. 5.

Einer weit verbreiteten Meinung zufolge, von der sich allerdings gleichfalls schon sehr frühe [58]) nicht undeutliche Spuren finden und zu welcher von den Neueren [59]) namentlich Danz [60]), von Gönner [61]), Glück [62]), von Grolman [63]), Martin [64]), Seuffert [65]) u. A. sich bekennen, ist der Beklagte,

---

55) z. B. in L. 17. §. 3. L. 39. D. de adoptionib. et emancipationib. 1, 7. L. 4. §. 6. D. de offic. procons. 1, 16. L. 1. pr. D. de heredib. instituend. 28, 5. L. 9. de auro et argento leg. 34, 2. L. 8. §. 3. de legat. II. L. 2. §. 31. D. ne quid in loco publ. 43, 8. c. 2. C. de fide instrumentor. 4, 21. c. 3. C. de pignorib. 8, 14. u. s. w.

56) Accursius, in c. 2. C. cit. Bartolus, in dict. constit. No. 16.

57) z. B. Linde, a. a. O. S. 132. Flach, a. a. O. S. 158 flg.

58) S. Bartolus, l. c. No. 17.

59) Von den älteren S. z. B. Ummius, l. c. Thes. X. und die dort Genannten.

60) Ordentl. Prozeß 5. Ausg. §. 490.

61) Handb. d. Prozesses 2. Ausg. Bd. I. No. XVI. §. 4.

62) A. a. O. S. 198.

63) Theorie des gerichtl. Verfahrens 5. Ausg. §. 159. S. 236. Not. *).

64) A. a. O., §. 91. S. 478 bei Not. 8.

65) Handb. d. Civilprozesses Bd. II. Kap. VIII. §. 3. S. 311. unter 3.

der von der nach Lage der Sache ihm zu Gebote stehenden nominatio auctoris keinen Gebrauch macht, stets und unter allen Umständen als fictus possessor anzusehen. Nur wenige Prozessualisten [66]) lehren, die Wirkung der unterbliebenen Nomination beschränke sich darauf, daß der alieno nomine possidens seines etwaigen Evictionsanspruches an den auctor verlustig gehe und daß er einem Schadensersatzanspruche des auctor sich aussetze.

Mit der Begründung jener ersteren Ansicht steht es jedoch überaus mißlich; ja sie stellt sich Jedem, der nicht an Auctoritäten glaubt oder in verba magistri schwört, schon bei einer oberflächlichen Prüfung als unhaltbar dar.

Zuvörderst möchte man glauben, diese Ansicht hätte höchstens nur dann einen Sinn, wenn man den Besitzer auf fremden Namen als solchen dem Vindicanten gegenüber für einen richtigen Beklagten nicht gelten läßt, da außerdem kaum abzusehen seyn möchte, warum der Beklagte bei der wider ihn ergehenden Condemnatoria blos zur litis aestimatio, nicht aber zur Herausgabe der Sache zu verurtheilen seyn sollte. Seltsam genug sind ihr aber zum Theil selbst Rechtslehrer [67]) zugethan, welche die Eigenthumsklage gegen den alieno nomine possidens, der den Auctor nicht nennt, schlechthin und unbedingt für ebenso durchführbar halten, wie gegen den juristischen Besitzer. Aber auch abgesehen hiervon fehlt es der Annahme, als ob der Besitzer

---

66) Morstadt, a. a. O., S. 108.

67) z. B. Francke, Gemein. deutsch. u. Schleswig-Holstein. Civilprozeß 2. Ausg. Thl. I. §. 77. S. 202. f. Viele, — z. B. Voet, commentar. ad Pandect. Lib. VI. tit. 2. §. 22. nehmen freilich an, die Folge der liti oblatio sey hier die, daß die vindicirte Sache dem Beklagten abgenommen und dem Kläger übergeben werde. Diese Ansicht ist sogar sehr alt, indem u. A. schon Durandus, Specul. Juris. Lib. II. partic. 1. §. 3. No. 16. Ausg. v. 1612 P. II. pag. 115 sub c. ihr huldigt. Indeß ist sie jetzt als eine irrige wohl allgemein anerkannt. S. von Vangerow, a. a. O., S. 575. Anmerk. 3. Puchta, a. a. O., S. 324 unter 3.

auf fremden Namen, welcher den Auctor nicht nennt, stets und ohne Weiteres als fingirter Besitzer zu behandeln sey, an jedem positivrechtlichen Anhaltspunkte. Nirgends ist eine gesetzliche Vorschrift zu entdecken, welche der Verabsäumung der Nomination die Wirkung einer oblatio liti beigelegt hätte; und doch würde es einer ausdrücklichen solchen Bestimmung um so mehr bedurft haben, als auch der alieno nomine possidens, obwohl er als solcher juristisch nicht besitzt, doch qua detentor thatsächlich in der Verfassung ist, die vindicirte Sache an den Kläger herausgeben zu können, macht er von den gesetzlich ihm an die Hand gegebenen Mitteln, sich der wider ihn erhobenen Eigenthumsklage zu erwehren, keinen Gebrauch, dadurch deutlich zu erkennen giebt, daß er dem Vindicanten gegenüber als Besitzer auf eigenen Namen sich gerire, und so lange er daneben zugleich die Detention fortsetzt, keinesweges als fictus possessor, folglich an und für sich auch nicht als liti se se offerrens sich betrachten läßt.

Nur dann ist unseres Dafürhaltens der alieno nomine possidens, der den Auctor nicht nannte, als fingirter Besitzer, und somit zur Prästation der litis aestimatio [68]), zu verurtheilen, wenn von demselben auch, daß er bloser Besitzstellvertreter sey, der Klage nicht entgegen geschützt, oder dieses ausfluchtweise Anführen nicht erwiesen, bevor es aber zur Condemnatoria kam das vindicirte Grundstück an den Auctor zurückgegeben und von dem, damit daß er einen des juristischen Besitzes baaren Gegner in Anspruch genommen unbekannten, Kläger sein vom Beklagten geläugnetes Eigenthumsrecht genügend dargethan worden war. Offenbar hätte sich hier der Beklagte muthwillig in den Streit begeben, (liti dolo se se obtulit.) Allein auch hier ist das wider ihn

---

68) Daß heutzutage der fingirte Besitzer dem Kläger nur den durch den vergeblichen Prozeß verursachten Aufwand zu ersetzen habe, lehren Thibaut, System d. Pandekten-Rts. 5. Ausg. §. 1058 bei Not. 9. Mittermaier, a. a. O., S. 412 bei Not. 47 u. A. Doch dürfte sich diese Annahme weder theoretisch begründen, noch eine feststehende Praxis dafür nachweisen lassen.

ergehende Urtheil nicht sowohl Produkt der unterbliebenen nominatio auctoris, als vielmehr die Wirkung davon, daß der Verklagte auch die ihm zu Gebote stehende Einrede entweder gar nicht vorschützte, oder nicht erwies, und gleichwohl inmittelst das Vindicationsobjekt zurückgab. Eine Sentenz ganz des nemlichen Inhaltes würde ja unter Umständen wie der hier unterstellten auch schon nach den Grundsätzen des Pandektenrechtes, bevor noch das Institut der nominatio auctoris im Justinian'schen Rechte Eingang gefunden hätte, angezeigt gewesen seyn.

Für wahr wird man sagen müssen, daß die Unterlassung der Nomination bestimmte prozessualische Folgen, die sich als Ungehorsamsnachtheile bezeichnen ließen, überall nicht nach sich ziehe, daß aber die auf die Lage des Beklagten nachtheilig einwirkenden Folgen von welchen sie möglicher Weise thatsächlich begleitet ist, je nach Verschiedenheit des übrigen Verhaltens des Verklagten alieno nomine possidens und je nach der weiteren prozessualischen Entwickelung des einzelnen Falles verschieden seyen. — — Gesetzt der Beklagte beschränkt sich darauf, das Eigenthumsrecht des Klägers in Abrede zu stellen, wie er dieß unbedenklich thun mag, darf er anders mit Zuversicht auf das Mißlingen des Eigenthumsnachweises des Klägers rechnen, so wird, wenn er sich in jener Erwartung nicht getäuscht sieht, die Unterlassung der Nomination ohne alle nachtheilige Wirkung für ihn bleiben; ebenso, wenn er excipirt und darthut, daß er das vindicirte Grundstück blos als Besitzrepräsentant inne habe. Wird er dagegen im letztern Falle beweisfällig, oder erbringt im ersteren Falle der Kläger seinen Eigenthumsnachweis, so erfolgt die Verurtheilung des Verklagten, wenn er das vindicirte Grundstück nicht inmittelst an den im Besitz von ihm Repräsentirten zurücküberantwortet hat, dem Kläger also nicht qua fictus possessor haftet, ganz in der nemlichen Weise, wie sie Jedem bevorsteht, der des juristischen Besitzes sich anmaßte und im Vindicationsstreite unterliegt; während der Beklagte freilich, hätte er seinen Auctor benannt, jeglicher Verurtheilung, nicht minder der Ver-

pflichtung zum Schadensersatze, welcher er für den Fall der nothgedrungenen, wie der freiwilligen Herausgabe des auf fremden Namen innegehabten Grundstückes an den Vindicanten dem Auctor gegenüber sich aussetzt, entgangen seyn würde.

Selbst das steht aber nicht zu behaupten, daß die Nomination bei Strafe des Verlustes des Evictionsanspruches des Beklagten an den Auctor, wo ein solcher Anspruch überhaupt zu begründen gewesen wäre, geschehen müsse. Diesen Anspruch kann der Verklagte, auch wenn die Nomination unterblieb, durch zeitige Streitverkündigung an den Auctor aufrecht halten, wie er denn durch eben dieses Mittel auch die Schadensersatzverbindlichkeit, womit er außerdem sich bedroht sähe, von sich fern zu halten im Stande seyn würde. Nicht minder ausgemacht ist es, daß der Auctor, möge ihm der Beklagte litem denuncirt haben oder nicht, so lange ein auf die Herausgabe des Vindikationsobjektes lautendes rechtskräftiges Erkenntniß noch nicht vorliegt oder doch noch nicht in Vollzug gesetzt ist, interveniendo [69]) seine Rechte zu wahren, und selbst nach erfolgter Herausgabe seine Ansprüche an die Sache als Kläger gegen den nunmehrigen Besitzer geltend zu machen befugt ist. Denn die Rechtskraft der ergangenen Condemnatoria bindet nur den verurtheilten Verklagten, und dem jetzt klagenden Auctor steht die Rechtsregel: res judicata inter alios tertio non nocet [70]) zur Seite; auch kann die rechtliche Lage des Auctors wenn der Beklagte die Nomination unterließ nicht wohl eine weniger günstige seyn, als sie es gewesen wäre, hätte der Beklagte die Nomination zwar bewirkt, der Nominat aber auf die an ihn ergangene Adcitation den Streit gleichwohl nicht übernommen.

Dagegen würde der Eigenthumskläger der Restitution der

---

69) Schmid, a. a. O., §. 66. S. 173.

70) L. 63. D. de re judicata 42, 1. Tit. C. inter alios acta l. judic. 7, 60.

vindicirten Sache an den Auctor selbst dann, wenn der verklagte Besitzstellvertreter sie nach bereits erfolgter Einlassung auf die Klage vornähme, vergebens entgegentreten. Leicht zwar möchte man geneigt seyn, eine verbotwidrige Veräußerung des Streitobjektes, und somit ein Rechtsgeschäft, welches der Kläger als ungültig anzufechten berechtigt wäre, in dieser Zurückgabe zu erblicken. Allein sicher mit Unrecht, insofern diese Zurückgabe keinesweges eine Kraft vermeintlichen eigenen Rechtes sich angemaßte freiwillige [71]) Verfügung über das Streitobjekt erkennen läßt, sondern lediglich die Erfüllung einer schon vor dem Beginne des Streites bestandenen obligatorischen Verpflichtung in sich schließt.

§. 6.

Auch für die Beantwortung der Frage: wie weit die Verhandlung der Eigenthumsklagsache schon vorgeschritten seyn dürfe, wenn die Nomination rechtzeitig soll geschehen können, giebt, scheint es, schon das bisher Ausgeführte die untrügliche Entscheidung an die Hand.

Als Grund für die von der Mehrzahl der Rechtslehrer [72]) festgehaltene Behauptung, daß die Nomination jeder Zeit vor erfolgter Einlassung auf die Klage eingebracht werden müsse und der Beklagte später damit nicht weiter zu hören sey, machen einige, z. B. Martin [73]), geltend, die nominatio auctoris ge-

---

71) Nur auf Vertrag beruhende Veräußerungen, welche der Verklagte mit dem Streitobjecte vorgenommen hat, erklärt das Gesetz für ungültig. c. 4. C. de litigios. 8, 37.

72) S. Ummius, l. c. Thes. XI. No. 47. p. 492. Lauterbach, l. c. §. XVIII. Claproth, ordentl. Prozeß §. 139. bei Not. o. Glück, a. a. O., S. 199. Danz, a. a. O., §. 490. von Gönner, a. a. O., §. 4. Pfotenhauer, doctrina processus edit. 2. §. 417. p. 238. Heffter, a. a. O., §. 502. von Bayer, a. a. O., S. 151, unter 2.

73) a. a. O., Bd. II. §. 302, S. 420.

höre zu den dilatorischen, Andere, z. B. Biener[74]), sie gehöre zu den streithindernden Einreden, dergleichen Einreden aber seyen sobald die Litiscontestation erfolgt sey im heutigen Prozesse ausgeschlossen.

Dieser Schlußfolgerung gebricht es nun allerdings an der Haltbarkeit einer Hauptprämisse. Muß der Nomination, wie aus dem Obigen (§. 5.) klar geworden seyn dürfte, die Natur und Bedeutung einer Einrede schlechterdings abgesprochen werden, weil, wer gleich dem Nominanten, unter dem Schutze und mit Beifall des Gesetzes erklärt, Partei bei'm Streite überall nicht ergreifen, die Betheiligung an demselben vielmehr von sich ablehnen zu wollen, weder auf die Klage sich einzulassen, noch Einreden irgend einer Art vorzutragen nöthig hat, und fällt somit die Nomination überhaupt nicht unter den Begriff der Exceptionen; so läßt sich in ihr auch selbstredend weder eine exceptio litis ingressum impediens, noch eine einfache exceptio dilatoria erblicken. — Dennoch ist der obigen Behauptung an und für sich vollständig beizupflichten.

Die entgegengesetzte Ansicht mancher Juristen, z. B. Voet's[75]), Gesterding's[76]) und Fritz's[77]), als ob die Nomination unbedingt auch in späteren Stadien des Rechtsstreites, ja bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Sache noch zuzulassen sey, fußt hauptsächlich darauf, und wird damit zu vertheidigen gesucht[78]), daß die Nomination, geschähe sie nur noch vor definitiver Beendigung des Prozesses, beiden bisherigen Parteien, dem Kläger wie dem Beklagten, unbedingt zum Vortheil gereiche. Gerade der Umstand aber, daß dieß, was den bisherigen Kläger betrifft, unmöglich zugegeben werden kann, ist zugleich sehr ge-

---

74) Systema processus judiciar. edit. 2. §. 319, bei Not. 6.

75) l. c. §. 22.

76) a. a. O., S. 321.

77) a. a. O., S. 297.

78) So von Mittermaier, a. a. O., S. 413.

eignet, die Richtigkeit der gegentheiligen Meinung für den heutigen gemeinen Prozeß[79]) in das Licht zu setzen. — Nehmen wir an, der Verklagte alieno nomine possidens habe statt den Auctor zu nominiren entweder die wider ihn erhobene Eigenthumsklage bei der Litiscontestation pure eingeräumt, oder blos das Eigenthum des Klägers in Abrede gestellt, oder zugleich, daß er bloser Besitzstellvertreter sey, zwar vorgeschützt, sey jedoch den Beweis dieser Einrede schuldig geblieben, während der Kläger den ihm auferlegten Eigenthumsnachweis vollständig geliefert zu haben sich schmeicheln darf, und erwägt man, daß der Kläger in allen diesen Fällen auf ein obsiegliches Erkenntniß wider seinen dermaligen Gegner zu rechnen vollkommen berechtigt ist; so wird hier der Kläger dem Richter es schwerlich Dank wissen, vielmehr gegründete Ursache haben, sich darüber zu beschweren, wenn dieser, statt nun sofort zum Urtheile zu schreiten, einer jetzt erst vom Verklagten eingebrachten nominatio auctoris das Ohr leihet. Möglicher Weise hat der Beklagte das im Streite befangene Immobile inmittelst seinem Auctor zurückgestellt. Dann hat aber der Kläger, ist er nicht genöthigt, in Folge der jetzt noch zugelassenen Nomination einen neuen Widerpart, und zwar als neuen Beklagten, sich aufdringen zu lassen, einen vollgültigen Anspruch darauf, daß der ursprünglich Beklagte ihm zur Leistung der litis aestimatio für schuldig erkannt, er selbst aber sodann

---

79) Die Landes-Prozeßordnungen freilich lassen die Nomination hin und wieder auch nach der Litiscontestation noch zu. S. z. B. Osterloh, der ordentl. bürgerl. Prozeß nach Königl. Sächs. Rt. 2. Ausg. §. 194 bei Not. 9. Nach der Allgem. G. O. für die Preuß. Staaten a. a. O., §. 33 dagegen hat sie „gleich nach insinuirter Klage, oder spätestens im Termine zur Beantwortung derselben zu geschehen"; unterläßt sie aber der Beklagte, oder läßt sich gar mit dem Kläger ein, und verliert den Prozeß, „so macht er sich (§. 34.) dem Kläger wegen aller Kosten und des aus dem Vorzuge entstehenden Interesse verantwortlich."

noch über dem [80]) mit einer Klage auf Herausgabe des Grundstückes wider den wirklichen Besitzer zugelassen werde. Detinirt dagegen der bisherige Beklagte fortwährend noch, so ist der Kläger freilich auch dann, wenn die Nomination als verspätet zurückgewiesen und der Klagbitte gemäß erkannt wird, nicht sicher, des erstrittenen Grundstückes halber mit dem Auctor des Beklagten in einen neuen Rechtsstreit verwickelt zu werden. Dann muß aber der neue Gegner als Kläger gegen ihn auftreten, welchem gegenüber er sich also aller derjenigen Bevorzugungen erfreut, welche die Gesetze dem Beklagten vor dem Kläger einräumen. Seine prozessualische Lage ist demnach auch hier wenigstens insofern eine weit günstigere, als sie es seyn würde, hätte er in Folge der jetzt erst geschehenen Nomination die Octroiirung eines neuen Gegners sich gefallen lassen müssen. — Wohl sind auch Fälle denkbar, wo der Kläger erst geraume Zeit nach der Litiscontestation die Ueberzeugung gewinnt, daß er gegen den jetzigen Beklagten in dem Eigenthumsstreite schwerlich obtiniren werde, und wo dem Richter nach Lage der Sache das nemliche Bedenken sich aufdrängt. Dann wird der Kläger, wenn der Richter, im Gebrauche seiner aus dem Prozeßleitungsrecht hervorgehenden Befugniß, über eine jetzt erst eingebrachte Nomination zunächst ein Wechselgehör zwischen ihm und dem Nominanten eintreten läßt [81]), es im wohlverstandenen eigenen Interesse häufig um so mehr gerathen finden, gegen die Zulassung der Nomination einen Einwand nicht zu erheben, da, wie man allgemein zugiebt [82]), jede erst nach erfolgter Einlassung auf die Klage

---

80) L. 7. D. de rei vindicat. (Paulus) „Si is qui obtulit se fundi vindicationi damnatus est, nihilominus a possessore recte petitur: sicut Pedius ait."

81) Die zeitig eingebrachte n. a. erheischt ein solches Wechselgehör nie S. Fritz, a. a. O., S. 297. Wetzel, a. a. O., S. 33, Not. 30.

82) Mittermaier, a. a. O., S. 413. Seuffert, a. a. O., S. 311, unter 4.

geschehene nominatio auctoris die Pflicht zur Geltung der Kosten des bisherigen Prozesses für den Nominanten mit sich bringt. Allein nicht davon handelt es sich hier, in welchem Prozeßstadium die Nomination mit Zustimmung des Klägers noch geschehen, sondern davon, ob der Beklagte, nachdem er bereits partes rei übernommen, auch wider des Klägers Willen aus dem Streite ausscheiden, und ob er den Kläger zwingen könne, den Streit mit dem in Folge der Nomination auf dem Kampfsplatze erscheinenden Nominaten in der bisherigen Parteirolle auszutragen. Dieß aber würde dem Obigen nach selbst dann geläugnet werden müssen, wenn unsere Constitution [83] auch nicht ausdrücklich bestimmt hätte, daß die Benennung des Auctors nur vor der förmlichen Einleitung des Rechtsstreites Platz greife.

[83] Gestützt auf diese und die in dieser Beziehung wörtlich gleichlautende päpstliche Satzung verlangte Durandus l. c. no. 17., daß die Nomination „ante libelli oblationem et priusquam reus respondeat" erfolge.

XXI.

Weitere Vertheidigung der Accursischen Erklärung des „unus casus" in §. 2. J. de actionibus.

Von dem
Herrn Hofrath und Professor Dr. Fritz
in Freiburg.

Einleitung.

§. 1.

Der Institutionentitel de actionibus (IV. 6.) beginnt mit einer Definition der actiones. Sodann wird im §. 1 zu der Eintheilung in actiones in personam und actiones in rem übergegangen. Von den letzteren wird die Eigenthumsklage als diejenige definirt, wodurch Jemand eine körperliche Sache, die ein Anderer besitzt, als die seinige in Anspruch nimmt. Im §. 2 ist zuerst von der confessoria und dann von der negatoria die Rede. Hierauf fährt Justinian fort:

„Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est; nam in his is agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius [1]) esse. Sane uno casu

1) Die gewöhnliche Lesart ist: actoris. S. Schrader ad h. l. in Corp. Jur. Civ. Tom. I. Berol. 1832. 4. pag. 635.

qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.“

Welcher eine Fall in dem letzten Satze gemeint sei, darüber sind von den Glossatoren an bis auf unsere Zeit die verschiedensten Ansichten aufgestellt worden.

Im Jahre 1839 suchte Francke[2]) zu zeigen, daß alle bisherige Erklärungsversuche verfehlt seien, daß auch die Pandekten keinen Fall besprechen, der hier gemeint sein könne, daß vielmehr an einen Fall gedacht werden müsse, der zu Justinian's Zeit veraltet war, und über den aus diesem Grunde keine Stelle in diese Sammlung aufgenommen wurde.

Sechs Jahre später suchte der Verfasser der gegenwärtigen Abhandlung[3]) unter nochmaliger kurzer Widerlegung der wichtigeren übrigen bisherigen Aufstellungen nachzuweisen, daß die schon von Accursius in der Glosse gegebene Erklärung die richtige sei, wonach der Fall gemeint ist, wenn der juristische Besitzer, der durch einen Andern besitzt, sich veranlaßt sieht, gegen diesen die Eigenthumsklage anzustellen.

Dieser Ansicht traten seither[4]) mehrere angesehene Schriftsteller[5]) bei. Aber von drei Seiten[6]) wurde sie direct zu wi-

---

[2]) Guilielm. Francke probabilium de uno casu in §. 2. J. de actionibus commemorato particula I. Jen. 1839. 8.

[3]) Ueber den im §. 2. J. de actionibus erwähnten unus casus; in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß n. F. Bd. 1. Nro. 2.

[4]) Gleichzeitig sprachen sie aus: Burchardi Lehrbuch des röm. Rechts Bd. 2. §. 161, Sintenis das prakt. gemeine Civilrecht Bd. 1. §. 52. Anm. 2.

[5]) Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerl. Rechts. Besond. Theil. Bd. 1. §. 15. Anm. 30. Arndts Lehrb. der Pand. §. 166. Anm. 2. K. Sell, röm. Lehre des Eigenthums (röm. Lehre der dingl. Rechte 1. Thl.) §. 89. Note * S. 337. S. auch Thibaut System der Pandekten 9. Aufl. von A. v. Buchholtz, Bd. 1. §. 62. Note n.

[6]) Conr. Buechel disquis. de uno casu, quo secundum §. 2. J. de act. in controversiis rer. corporal. is, qui possidet, nihilominus acto-

derlegen gesucht [7]); auch wurden nicht weniger als vier andere Erklärungen [8]) aufgestellt.

In der gegenwärtigen Abhandlung erlaube ich mir nun, zuerst die erwähnten neuen directen Angriffe auf die Accursische Auffassung (§. 2—4) und dann die neuerlich aufgestellten abweichenden Erklärungen der Stelle (§. 5—8) einer Beleuchtung zu unterwerfen [9]), und so die Gründe darzulegen, aus welchen ich immer noch an der Ansicht festhalte, die Accursische Deutung sei vollkommen plausibel und verdiene vor allen übrigen bisher aufgestellten den Vorzug [10]).

---

ris partes obtinet. Marb. 1848. 4. Zimmermann (Hofgerichtsrath in Gießen) noch ein Wort über den unus casus im § 2. J. de act.; in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. n. F. Bd. 11. Nro. 8. C. Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum, Abthl. 3. S. 45.

7) Unbefriedigend findet die Accursische, wie alle übrige bisherige Erklärungen, ohne Angabe seiner Gründe: v. Vangerow Lehrb. der Pand. 6. Aufl. §. 332 Anm. 3 am E. Bd. 1 S. 739 u. 740.

8) Von den drei in der Anm. 6 citirten Schriftstellern und von Ernst Imman. Bekker in s. u. Muther's Jahrb. Bd. 3 S. 130.

9) Die folgenden §§. 2—4 schließen sich mithin an den letzten Paragraphen (§. 21) meiner früheren Abhandlung an, worin die von Doujat, Francke und Puchta gegen Accursius erhobenen Einwendnngen beleuchtet werden, und die darauf folgenden §§. 5—8 an das erste Capitel (§. 4 bis 13) meiner früheren Abhandlung, mit der Ueberschrift: „I. Darstellung und Würdigung der wichtigeren Erklärungsversuche mit Ausnahme des Accursischen."

10) Es ist jedoch meine Absicht nicht, die in meiner früheren Abhandlung (besonders in §. 14—21 unter der Ueberschrift: „II. Vertheidigung der Auslegung des Accursius") vorgetragenen Gründe für die Accursische Erklärung kurz oder ausführlich zu wiederholen, sondern nur die in den Noten 6 und 8 citirten Gegenschriften zu beleuchten. Nur soweit es zu dieser Beleuchtung nöthig ist, wiederhole ich auch Einiges. So namentlich in dem §. 4, auf welchen ich die Gegner der Accursischen Auffassung besonders aufmerksam zu machen mir erlaube.

I. Die neuesten Einwendungen gegen die Accursische Erklärung.

§. 2.

Der erste der hier zu besprechenden Angriffe auf die Accursische Erklärung ist der von Büchel.

Ausgehend von der Voraussetzung, die Worte: „actoris partes obtinet“, drücken aus, daß die fragliche Person, wenn sie in den fraglichen Rechtsstreit kommt, nothwendig die Rolle des Klägers zu übernehmen habe, behauptet Büchel: die Stelle könne sich auf den juristischen Besitzer, der durch einen Stellvertreter besitzt und mit diesem in einen Eigenthumsproceß kommt, deswegen nicht beziehen, weil derselbe die Wahl habe, ob er die Rolle des Vindicanten übernehmen, oder sich durch das interdictum uti possidetis, wenn es sich um eine unbewegliche, oder durch das interdictum utrubi, wenn es sich um eine bewegliche Sache handelt, die Detention verschaffen, und so den bisherigen Detentor nöthigen wolle die Rolle des Klägers zu übernehmen und ihm die des Beklagten zu überlassen.

Gegen diese Argumentation will ich mich nicht darauf berufen, daß die Worte: „actoris partes obtinet“, an sich nicht mehr und nicht weniger bedeuten, als es sei in der Ordnung, wenn die fragliche Person die Rolle des Klägers übernehme. Denn bei der Eigenthumsklage, um welche es sich hier handelt, sind die Parteirollen durch das positive Recht nach dem augenblicklichen Besitze so vertheilt, daß eine Wahl nicht Statt findet; und darum kommt es auf Eines und Dasselbe hinaus, ob ein Gesetz sagt, bei einem gewissen Besitzverhältniß sei es in der Ordnung, daß eine gewisse Person als Kläger auftrete, oder ob es sagt, bei diesem Besitzverhältniß habe diese Person die Parteirolle des Klägers nothwendig zu übernehmen.

Der weiteren Behauptung Büchel's, daß der juristische Be-

sitzer seinem Detentor vermittelst eines interdicti retinendae possessionis die Detention jeden Augenblick beliebig abverlangen könne, kann ich in der Allgemeinheit, in welcher sie aufgestellt ist, nicht beistimmen. Ich habe schon in meiner früheren Abhandlung [11]) herausgehoben, daß dieses theilweise bestritten ist [12]), was Büchel ganz ignorirt; auch zweifle ich nicht, daß eine genaue Erörterung dieses Punktes, an welcher es bis jetzt fehlt, zu bedeutenden Distinctionen führen würde.

Es kommt aber in unserem gegenwärtigen Streit auf diesen Punkt gar nicht an. Wäre diese Behauptuug Büchel's auch gegründet, so könnte ich die Folgerung, die er daraus zieht, dennoch nicht zugeben. Denn auch unter dieser Voraussetzung hätte der juristische Besitzer es nur in seiner Gewalt sich für einen künftigen Eigenthumsstreit mit seinem gegenwärtigen Detentor die Rolle des Beklagten zu verschaffen: für einen jetzt schon zu eröffnenden Proceß dieser Art bliebe es immerhin wahr, daß der juristische Besitzer die Rolle des Klägers übernehmen und dem Inhaber die des Beklagten überlassen muß. Und nur diesen letztern Fall sehe ich mit Accursius als den unus casus an, auf welchen unsere Stelle hindeutet, nur den Fall, wenn der Eigenthumsstreit zwischen dem juristischen Besitzer und seinem Stellvertreter eröffnet werden soll, bevor dieser in Folge eines Interdictes oder auf andere Weise die Innehabung auf jenen übertragen hat.

§. 3.

Viel weiter als Büchel geht Friedrich Zimmermann in seinen Angriffen auf die von mir vorgetragenen Ansichten.

---

11) A. a. O. §. 18 am E. S. 73 u. 74.

12) Namentlich von Ludwig Schmidt üb. das possessor. Klagrecht des jur. Besitzers gegen seinen Repräsentanten, Gießen 1838. 8. und von Demselben in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 14 Nro. 3. S. 43 fg.

Er stellt zwei Behauptungen auf, aus welchen er folgert, die Stelle über den unus casus sei von dem Falle, welchen Accursius meint, nicht zu verstehen. Erstens sei es in diesem Falle nie rathsam die Eigenthumsklage anzustellen, darum werde der Kläger sich vor Anstellung derselben hüten, und es sei mithin nicht wahrscheinlich, daß die Institutionen auf ihre Zulässigkeit in einem so unpraktischen Falle anfmerksam machen wollen; zweitens bedeute der Ausdruck possidere in dem Paragraphen der Institutionen, in welchem die auszulegende Stelle vorkommt, wie in dem vorhergehenden Paragraphen, immer nur denjenigen juristischen Besitz, den man in eigener Person ausübe.

Diese beiden Behauptungen sind jedoch leicht zu widerlegen.

Am längsten werde ich bei der ersten zu verweilen haben.

In vielen, ja in den meisten Fällen wird es, wenn der Detentor seinem juristischen Besitzer die Herausgabe mit Unrecht verweigert, möglich sein, daß dieser mit einer Contractsklage oder mit einer sonstigen persönlichen Klage seinen Zweck erreicht [13]); und alsdann wird er es allerdings gewöhnlich rathsamer finden diese Klage anstatt der Eigenthumsklage anzustellen [14]). Dieses bemerkte ich schon in meiner früheren Abhandlung; ich hob aber dort weiter heraus, daß durch verschiedene Umstände Ausnahmen herbeigeführt werden, von denen ich die wichtigeren durchging [15]).

Von diesen Ausnahmen will nun Zimmermann keine einzige zugeben [16]). Aber mit Unrecht, wie es sich aus dem Folgenden ergeben wird.

---

[13]) Beispiele s. in meiner früheren Abh. §. 18. S. 72. u. 73.

[14]) Fehlt es ihm jedoch nur an demjenigen Beweis, den zwar Derjenige, der die rei vindicatio directa anstellt, nicht aber auch Derjenige, der mit der Publiciana in rem actio klagt, im Falle des Leugnens zu führen hat: so kann er die letztere gewöhnlich mit Erfolg anstellen, indem Derjenige, der als Repräsentant des Klägers besitzt, sich nicht leicht mit der exceptio dominii schützen kann, und nie mit der Einrede, daß er sich im Usucapionsbesitz befinde.

[15]) §. 19. S. 74—77.

[16]) Zimmermann a. a. O. S. 274 fg.

Als erste Ausnahme führte ich an, wenn es dem Kläger an einer persönlichen Klage, durch die er denselben Zweck erreichen kann, ganz fehle. Unter andern Beispielen erwähnte ich den Fall, wenn Jemand wegen eines Usus fructes meine Sache inne hat, ohne die schuldige Caution gestellt zu haben, sei es nun, daß mir die Sache nach Beendigung des Usus fructes von dem Usufructuar oder seinen Erben vorenthalten wird, oder daß ich sie vor Beendigung des Usus fructes zurückverlangen will, um sie zu retiniren, bis der Usufructuar die schuldige Caution stellt.

Dieses Beispiel will nun Zimmermann mit der Bemerkung beseitigen, daß hier das von mir selbst angeführte Fr. 7 pr. D. usufructarius quemadmodum caveat (7. 9.) dem Eigenthümer eine persönliche Klage gestatte, nämlich eine condictio auf Bestellung der Caution oder Zurückgabe der Sache.

Darauf erwiedere ich: Eine condictio auf Bestellung einer Caution wird in dieser Stelle allerdings gestattet; dagegen sagt dieselbe kein Wort von einer condictio auf Zurückgabe der Sache, das Fr. 12 eod. erklärt eine solche Klage ausdrücklich für unzulässig, und beide Stellen treten der Ansicht von Proculus bei, daß hier die rei vindicatio mit Erfolg anzustellen sei, auch fügt das Fr. 7 noch hinzu, daß hier gegen die etwaige exceptio ususfructus eine replicatio zulässig sei.

Wäre aber auch das, was ich über diesen Fall vorgetragen, unrichtig, so würde daraus nicht folgen, daß auch das unrichtig sei, was ich von andern von mir angeführten Beispielen sage[17]), welche Zimmermann mit keinem Worte erwähnt.

Als zweite Ausnahme führte ich an, wenn dem juristischen Besitzer zwar eine persönliche Klage zusteht, aber nicht gegen den jetzigen Detentor, und er Gründe hat lieber gegen diesen zu klagen als gegen seinen Schuldner.

---

17) Unter andern von dem Falle, wovon Fr. 1. §. 2. Fr. 2. commodati (13. 6.) handeln, d. h. wenn ein Unmündiger ohne tutoris auctoritas oder ein Wahnsinniger die Sache als Commodat erhalten hat.

Zimmermann läßt diese Ausnahme nicht gelten, theils wegen der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises, theils weil der Kläger von seinem Schuldner Cession seiner Klage gegen den jetzigen Detentor verlangen könne, theils endlich weil der mit der Vindication belangte Detentor sich auf das Vertragsverhältniß berufen könne, in welchem der Kläger stehe.

Wäre der Sinn dieser Einwendung nur der, daß es Fälle gebe, in welchen der Kläger klug handle, wenn er sich durch Rücksichten der angegebenen Art bestimmen lasse, so würde ich darauf antworten, dieses sei auch meine Ansicht und auf *einen* Theil der erwähnten Punkte sei in meiner früheren Abhandlung ausdrücklich [18]) aufmerksam gemacht [19]).

Wenn aber Zimmermann sagen will, es gebe keine Fälle entgegengesetzter Art, so ist dieses offenbar unrichtig. Ich will nur einen Fall dieser Art anführen, welcher für den denkenden Rechtsgelehrten keines Commentars bedarf. Ein Gut wird auf fünf Jahre verpachtet. Zu Ende des dritten Pachtjahres stirbt der Pachter. Sein Erbe, der der irrigen Meinung ist, die Pacht sei auf acht Jahre abgeschlossen, gibt das Gut auf fünf Jahre in Afterpacht. Zwei Jahre später will der erste Verpachter das Gut an sich ziehen. Der Afterpachter aber verweigert die Herausgabe, weil auch er meint, der erste Pachtcontract sei auf acht Jahre abgeschlossen; dagegen kommt es ihm nicht in den Sinn dem ersten Verpachter das Eigenthum an dem Gute zu bestreiten. Der Erbe des ersten Pachters ist in der Zwischenzeit zahlungsunfähig geworden.

Als dritte Veranlassung zur Anstellung der Eigenthumsklage in Fällen der fraglichen Gattung führte ich an, daß der

---

18) Mehr implicite als ausdrücklich ist auf die Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises aufmerksam gemacht. Dabei ist aber auch das von Wichtigkeit, was oben in der Note 14 herausgehoben wird.

19) Namentlich ist im §. 17 (vergl. §. 18) auf Exceptionen aufmerksam gemacht, die zuweilen der Eigenthumsklage entgegengesetzt werden können.

Kläger zur Zeit der Klage mit dem Obligationsverhältniß, aus welchem er klagen könnte, nicht bekannt ist.

Hier, meint nun Zimmermann, werde der Beklagte sich auf das Vertragsverhältniß berufen, wonach ihm die Fortsetzung der Detention gebührt, und so werde der Kläger nicht zum Ziele gelangen.

Daß es Fälle gibt, in welchen dem Beklagten aus solchen Gründen eine exceptio zusteht, darauf habe ich selbst aufmerksam gemacht [20]). Aber offenbar unrichtig ist es, wenn Zimmermann behaupten will, die Klage könne hier immer zurückgewiesen werden. Ich will nur beispielsweise auf die Fälle aufmerksam machen, wenn der Erblasser des Klägers die Sache bei dem Beklagten deponirt, oder sie demselben zu einem Gebrauche, der in einigen Stunden oder Tagen gemacht sein kann, commodirt, oder sie ihm für einen unterdessen abgelaufenen Zeitraum vermiethet hat!

Als eine vierte Ausnahme führte ich an, wenn der Kläger leichter das Eigenthum als den Vertrag oder Quasicontrakt, wodurch der Beklagte ihm obligirt ist, beweisen kann, oder ihm das Eigenthum gar nicht bestritten wird, wohl aber die Thatsache, auf welche die persönliche Klage sich gründet.

Zimmermann übergeht den letzten dieser beiden Fälle mit Stillschweigen. Von dem ersten behauptet er, er werde in der Wirklichkeit nicht vorkommen, da es stets leichter sein werde einen abgeschlossenen Vertrag, z. B. durch Eidesdelation, zu beweisen als das Eigenthum, zumal bei den Römern, welchen auch das heutige Institut der Grundbücher fehlte.

Der Behauptung, daß das Eigenthum immer schwerer zu erweisen sei, als ein obligatorisches Ereigniß, muß ich entschieden widersprechen. Die Eideszuschiebung, welche hier allerdings öfter zulässig ist, als dort, ist bekanntlich ein Beweismittel von einer

---

20) §. 17.

für den Deferenten sehr precären Natur. Demungeachtet gebe ich zu, daß der Fall, an welchem wir hier stehen, nicht gar häufig vorkommt, und zwar deswegen, weil auch hier meistens [21]) ein Inhaber vorausgesetzt wird, der fortwährend nicht juristischer Besitzer, sondern bloßer Detentor ist. Ich habe diesen Fall auch nicht als einen besonders häufigen angeführt, sondern nur der größern Vollständigkeit wegen neben anderen Fällen erwähnt. Daß er aber nicht vorkommen könne, läßt sich nicht behaupten.

Ich berufe mich auf folgendes Beispiel:

Jemand erwirbt auf einer Reise käuflich das Eigenthum eines von dem Verkäufer gefertigten Oelgemäldes, was leicht durch Zeugen erwiesen werden kann. In einem Verschlag übergibt er es der Verwaltung der Eisenbahn, auf welcher er reist, als Reisegepäck, und so wird es nicht mit einer eigentlichen Adresse, sondern nur mit einer den Bestimmungsort, die Zeit des Zuges und eine Nummer enthaltenden Marke versehen. Der Aufgeber verliert die ihm übergebene entsprechende Marke, und kann auch nicht auf andere Weise beweisen, daß er der Aufgeber ist. Aus dem Vertrag kann er hier gegen die Eisenbahnverwaltung nicht mit Erfolg klagen, wohl aber nach gemeinem Rechte aus dem Eigenthum.

Den angeführten und beleuchteten Betrachtungen Zimmermann's über die Motive, welche nach meiner früheren Abhandlung den juristischen Besitzer bestimmen können gegen seinen Stellvertreter anstatt einer Contraktsklage oder einer sonstigen persönlichen Klage die Eigenthumsklage anzustellen, fügt Derselbe noch die Behauptung bei, daß der Kläger in allen Fällen seinen Zweck durch ein Interdict besser erreichen könne [22]), ein Punkt, worüber ich mich oben im §. 2 schon ausgesprochen habe.

---

[21]) Von einem Falle, in welchem auch dem Beklagten eine Art von juristischem Besitze an der Sache zugeschrieben wird, ist unten im §. 5 die Rede.

[22]) Zimmermann S. 276 unten.

Aus diesen Betrachtungen und Behauptungen folgert nun Zimmermann, es sei nie nöthig und nie rathsam, daß der juristische Besitzer die Eigenthumsklage gegen seinen Stellvertreter anstelle. Diese Folgerung verleitet ihn zu der Behauptung, das bekannte Fr. 9. de R. V. (6. 1.), welches ganz allgemein sagt, die Eigenthumsklage könne auch gegen den bloßen Detentor angestellt werden, welcher rem restituendi facultatem habe, sei nur von Demjenigen zu verstehen, welcher im Namen eines Dritten, nicht auch von Demjenigen, welcher im Namen des Klägers detinirt.

Es wurde aber oben hinreichend nachgewiesen, daß die Anstellung der Eigenthumsklage gegen den eigenen Detentor oft rathsam und folglich nicht überflüssig ist. Mithin erscheint die angeführte einschränkende Auslegung des Fr. 9. de R. V. als entschieden unzulässig. Und zu allem Diesem kommt noch, daß mehrere andere Pandektenstellen [23]), die von einzelnen Fällen sprechen [24]), entschieden von dem Princip ausgehen, welches nach der wörtlichen Auslegung des Fr. 9 in demselben enthalten ist, und sich daher mit der restrictiven Interpretation dieses Fragmentes nicht vertragen.

Gehen wir nun zu der im Anfang dieses Paragraphen angeführten zweiten Behauptung Zimmermann's über, die sich speciell auf die zu erklärende Institutionenstelle bezieht. Er behauptet, in §. 1 und 2 J. de actionib. beziehe sich der Ausdruck possidere immer nur auf denjenigen juristischen Besitz, den man in eigener Person ausübt.

Auch dies halte ich für unrichtig.

Es gibt nach dem römischen Sprachgebrauche keine engere Bedeutung von possidere als die, worin wir es mit den Worten übersetzen: juristisch besitzen, den juristischen Besitz haben.

---

23) Fr. 7. pr. Fr. 12 usufructuarius quemadmodum cav. (7. 9.) Fr. 1. §. 2. Fr. 2. commod. (13. 6).

24) S. darüber oben S. 463.

Zimmermann behauptet mithin eine Abweichung der Institutionen von dem Sprachgebrauche. Es wäre daher an ihm gewesen dieselbe nachzuweisen [25]). Eine solche Nachweisung finde ich aber in seinem Aufsatze nicht. Das Einzige, worauf er sich zu diesem Zwecke beruft, ist, daß in dem §. 1 von dem Falle die Rede ist, wenn nicht blos der Kläger, sondern auch der Beklagte Eigenthümer zu sein behaupte. Er übersieht aber, daß dieser Fall nur als Beispiel eines Eigenthumsprocesses angeführt wird, und daß eine Eigenthumsklage eben so oft gegen Jemanden angestellt wird, der sich darauf beschränkt, entweder zu behaupten, der Kläger sei nicht Eigenthümer, oder der Klage eine eigentliche exceptio im römischen Sinne entgegen zu setzen. Er würde dieses nicht übersehen haben, wenn er sich gefragt hätte: warum werden in dem citirten §. 1 der Institutionen die Worte hinzugefügt: „nam si Titius (der Kläger) suam esse intendat, in rem actio est“? Diese Frage hätte er nämlich nur so beantworten können: es soll hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß die intentio des Klägers, rem (sc. corporalem) suam esse, eine Klage zur Eigenthumsklage macht, und daß es nicht darauf ankommt, ob auch der Beklagte behauptet, rem suam esse, oder nicht. Er würde es ferner nicht übersehen haben, wenn er an Fälle gedacht hätte, wie der, wenn die Eigenthumsklage gegen einen Pfandbesitzer angestellt wird, oder gegen irgend einen Andern, der die Sache im abgeleiteten juristischen Besitz hat, er mag denselben von dem Kläger selbst ableiten oder von einem Dritten.

Ist es nun unrichtig, daß im §. 1 der Ausdruck possidere sich nur auf Denjenigen beziehe, welcher die Sache inne hat und zugleich Eigenthümer derselben zu sein behauptet, so ist auch kein Grund vorhanden, denselben Ausdruck im §. 2, so oft er

---

25) Vergl. das, was in meiner früheren Abh. S. 82 u. 83 gegen Francke gesagt ist.

mit oder ohne non vorkommt, in diesem von dem Sprachgebrauche abweichenden Sinne zu verstehen.

§. 4.

Der neueste Gegner der Accursischen Erklärung des unus casus, E. Pagenstecher, bringt nichts Anderes direct gegen dieselbe vor, als die Bemerkung: Derjenige, welcher nach ihr als Beklagter erscheint, besitze, wie aus mehreren Pandektenstellen [26]) hervorgehe, im Sinne der Eigenthumsklage [27]).

Dieser lakonische Widerlegungsversuch hat offenbar folgenden Sinn: Es ist kein Zweifel, daß Derjenige, welcher durch einen Stellvertreter juristisch besitzt, gegen diesen die Eigenthumsklage anstellen kann. Allein dies ist nur eine Folge der hinsichtlich der Parteirollen bei dieser Klage geltenden Regel: indem nach Fr. 9 de R. V. auch der bloße Detentor, der in der Lage ist, restituiren zu können, sich zum Beklagten eignet, und keine Stelle von dieser Regel den Fall ausnimmt, wenn Derjenige klagt, in dessen Namen jener detinirt, sondern im Gegentheil in Fr. 7 pr. Fr. 12 usufructarius quemadmodum caveat (7, 9.), zunächst in Beziehung auf ein Beispiel, ausdrücklich herausgehoben wird, daß sie auch hier Anwendung leidet. Die Institutionen wollen aber auf eine Ausnahme von der Regel aufmerksam machen,

---

26) Nämlich zunächst aus Fr. 9. cit., wozu Fr. 7. pr. Fr. 12 citt. ein Beispiel enthalten.

27) Pagenstecher a. a. O. S. 45 sagt wörtlich: „Accursius erinnert an die Eigenthumsklage gegen des Klägers Detentor; doch „besitzt" letzterer im Sinne der Eigenthumsklage. Tenet et habet restituendi facultatem: L. 9 de R. V. 6. 1; ein Beispiel bietet L. 7. usufr. quemadm. cav. 7, 9: Et si, usufructus nomine re tradita, satisdatum non fuerit, potest heres rem vindicare; et si objiciatur exceptio (Nov. 18. cap. 10.), replicandum erit; L. 12. ib. — Gleichwohl hat Fritz ...... diese Ansicht wieder zur Herrschaft gebracht. Vergl. Burchardi.. Schmid,..."

und darum können sie nicht diesen, sondern sie müssen irgend einen anderen Fall vor Augen haben.

Darauf erwiedere ich nun:

Das zuerst Gesagte wird in meiner früheren Arbeit nicht nur zugegeben, sondern in den §§. 16 und 17 ziemlich ausführlich nachgewiesen. Was aber den letzten Punkt betrifft, so sah ich es, wie besonders aus §. 14 meiner früheren Abhandlung hervorgeht, schon bei Abfassung derselben, und sehe es noch jetzt als einen großen Vorzug der Accursischen Erklärung der Stelle an, daß sie in dem unus casus nicht etwas wirklich Exceptionelles, oder gar, wie die meisten anderen Erklärungen, eine wahre juristische Rarität findet, worauf schon die Aufmerksamkeit des Institutionisten zu lenken höchst überflüssig sein würde, daß sie vielmehr nur auf eine sprachliche Notiz hinauslauft, und zwar auf Berichtigung eines gebrauchten Ausdruckes, nämlich auf die Notiz, daß man Denjenigen, der die Sache nicht inne hat und deswegen als Kläger mit der Eigenthumsklage auftreten kann, in einem Falle doch nicht eigentlich als non possidens bezeichnen kann, und daß es mithin nicht ganz richtig wäre, wenn man ohne Beschränkung sagen würde: „ei, qui possidet, haec actio non est prodita,“ nämlich deswegen, weil nach juristischem Sprachgebrauch da, wo Einer die Sache für den Andern inne hat, jener zwar als possidens im weiteren, dieser aber als possidens im engeren Sinne erscheint. Daß diese Unterscheidung zwischen possidere im weiteren und im engeren Sinne schon in den Institutionen herauszuheben ist, das wird wohl von Niemanden bestritten. Auch in Justinian's Institutionen wird sie herausgehoben, aber erst im fünfzehnten Titel des vierten Buches, im Titel de interdictis[28]. Sie kann daher in §. 2 des sechsten Titels

---

[28]) In den Stellen des zweiten Buches, auf welche im §. 5 in f. I. de interdictis (4. 15.) zurück verwiesen wird, nämlich in §. 3. in f. §. 4.

desselben Buches (de actionibus) noch nicht als bekannt vorausgesetzt werden. Um nun nicht etwas anticipiren zu müssen, was erst in einem späteren Titel ex professo vorzutragen ist, kam man auf den gewiß nahe liegenden Gedanken, sich hier mit der Bemerkung zu begnügen, es gebe allerdings einen Fall, in welchem der Kläger nach dem juristischen Sprachgebrauch zugleich „possidet“, man wolle aber die Belehrung hierüber auf das Studium der Digesten verschieben.

---

in f. §. 5. in f. I. per quas personas nob. acquir. (2. 9.), ist zwar von der Erwerbung des Besitzes durch Stellvertreter, aber noch nicht von der, damit allerdings in nahem Zusammenhang stehenden, Unterscheidung zwischen possessio im weiteren und im engeren Sinne, die Rede.

(Fortsetzung folgt.)

Brühl'sche Univ.-Buch- und Steindruckerei (Fr. Chr. Pietsch) in Gießen.



